تصویر ابو عبد الرحمن الكردي

بررسی تطبیقی

حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی

1

جرم و ارکان آن

عبدالقادر عوده

مترجم: دکتر حسن فرهودی نیا

بۆدابەزاندنی جۆرەها کتێب:سەردانی: (مُنْتَدى إِقْرَأ الثَقافِي)

لتحميل أنواع الكتب راجع: (مُنْتَدى إِقْرَأ الثَقافِي)

براي دانلود كتابهاى مختلف مراجعه: (منتدى اقرأ الثقافى)

www. iqra.ahlamontada.com

بررسی تطبیقی
حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی

جلد اول

جرم و ارکان آن

بررسی تطبیقی

حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی

جلد اول

جرم و ارکان آن

عبدالقادر عوده

ترجمه:

دکتر حسن فرهودی‌نیا

یادآوران

شرکت بین‌المللی پژوهش و نشر یادآوران

یادآوران

شرکت بین‌المللی پژوهش و نشر یادآوران

تهران، بلوار کشاورز، خیابان ورنوس، خیابان رستاک، شماره ۵

تلفن: ۱۶ ۲۷ ۹۷ ۸۸ نمابر: ۱۵ ۲۷ ۹۷ ۸۸

E-mail:info@yadavaran.ir www.yadavaran.ir

بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی (جلد اول)

جرم و ارکان آن

عبدالقادر عوده / ترجمه‌ی حسن فرهودی‌نیا

ویراستار فنی و ادبی: علی قاسمی

طرح جلد: آذر رهنما

آماده‌سازی: واحد فنی یادآوران

ناظر امور فنی و چاپ: خسرو آذربایجانی

لیتوگرافی: آرمان / چاپ: حدیث / صحافی: نگاه

شمارگان: ۱۰۰۰ دوره / چاپ اول: ۱۳۹۰

قیمت دوره‌ی چهارجلدی: ۶۵۰۰۰ تومان

حقوق مادی این اثر متعلق به مؤسسه مطالعات بنیادین پویه است.

سرشناسه:	عوده، عبدالقادر، ۱۹۰۸_۱۹۵۴ م.
عنوان قراردادی:	التشریع‌الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، فارسی
عنوان و نام پدیدآور:	بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی / عبدالقادر عوده؛ حسن فرهودی‌نیا
مشخصات نشر:	تهران: شرکت بین‌المللی پژوهش و نشر یادآوران، ۱۳۸۹.
مشخصات ظاهری:	۴ ج.
شابک:	دوره: ۹۷۸_۹۶۴_۵۸۲۴_۵۵_۴؛ ج. ۱: ۹۷۸_۹۶۴_۵۸۲۴_۵۶_۱؛ ج. ۲: ۹۷۸_۹۶۴_۵۸۲۴_۵۷_۸؛ ج. ۳: ۹۷۸_۹۶۴_۵۸۲۴_۵۸_۵؛ ج. ۴: ۹۷۸_۹۶۴_۵۸۲۴_۵۹_۲.
وضعیت فهرست‌نویسی:	فیپا
یادداشت:	واژه‌نامه
مندرجات:	ج. ۱. جرم و ارکان آن. ج ۲. مجازات، مبانی و اقسام آن. ج. ۳. جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص. ج. ۴. جرایم علیه آسایش عمومی.
موضوع:	حقوق جزا (فقه)
موضوع:	حقوق تطبیقی
شناسه افزوده:	فرهودی‌نیا، حسن، ۱۳۳۴_ مترجم
رده‌بندی کنگره:	BP۱۹۵/ع۹ت۵۰۴۱ ۱۳۸۹
رده‌بندی دیویی:	۲۹۷/۳۷۵
شماره کتاب‌شناسی ملی:	۲۱۵۳۲۴۳

فهرست

باب دوم: عناصر عمومی جرم (۱۱۹_۵۵۲)

سخن مترجم

این اثر برگردان[1] کتاب *التشریع الجنائی الأسلامی مقارناً للقانون الوضعی* است که در واقع یک دوره‌ی کامل حقوق جزای عمومی و اختصاصی است که در دو جلد مستقل و علی‌حده به همت حقوق‌دان بزرگ مصری عبدالقادر عوده به رشته‌ی تحریر درآمده است. نویسنده‌ی فاضل با ژرف‌نگری و دقت و تلاش توأم با وسواس، سرفصل‌ها و عناوین جزائی فقهی را با فصول و عناوین جدید حقوق کیفری تطبیق کرده است به نحوی که برای علاقه‌مندان این رشته که فرصت و مجال مراجعه به متون فقهی را ندارند این امکان فراهم شده تا با مطالعه‌ی این اثر، ضمن آگاهی یافتن از متون فقهی به انطباق یا عدم انطباق قاعده‌ی مورد نظر خود با پیشینه‌ی فقهی و هم‌چنین به ژرفای شگفت‌انگیز داده‌های فقهی در عرصه‌ی جزائیات پی ببرند.

مؤلف با بذل دقت و وسواس تمام از توفیق قابل تحسینی در انطباق مباحث ظاهراً کهنه و فرسوده‌ی فقهی با عناوین مأنوس و جدید دانش حقوق برخوردار بوده است. این امتیاز بزرگ خواننده را تشویق می‌کند تا موضوعات مطروحه را با سبک و شیوه‌ی معمول کتاب‌های آموزشی رشته‌ی حقوق پی‌گیری نماید و از آن نتایج بسیار مفید به دست آورد.

مسلمانانی که مایل‌اند در فضای دینی تنفس نمایند چنانچه بخواهند احکام و قضایای فقهی مرتبط با جزائیات اسلام را در زبان فارسی بررسی نمایند بلاشک بی‌نیاز از مطالعه‌ی اثر حاضر نخواهند بود، در این اثر دیدگاه‌های گوناگون درباره‌ی قتل و انواع آن، دیدگاه فقها در باب قلمرو دارالاسلام و دارالکفر (قلمرو قوانین جزائی در مکان)، مصونیت‌ها، اسباب

---

۱. برگردان این اثر قصه و غصه‌ی درازی دارد که نقل آن فرصت و مجال دیگری می‌طلبد.

اباحه، معافیت‌ها، مسئولیت‌های جزائی و عوامل رافع آن، زنا و انواع آن، بغی، ارتداد و موارد عدیده‌ای از فقه‌النساء و ... به صورت قابل فهم در دست‌رس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

کسانی نیز که به هر جهت تعلق خاطری به اندیشه‌های فقهی احساس نمی‌کنند، اعم از آن که مسلمان باشند یا نباشند از مطالعه‌ی این اثر مغبون نخواهند شد؛ چه، آن که لااقل به مبانی و اصول اولیه‌ی دیدگاه‌های فقهی پی خواهند برد و چنانچه در مقام تأیید یا رد آن مبانی باشند، سخنی بی‌پایه بر زبان نخواهند آورد.

با این وصف و به رغم ارزشمند بودن اثر حاضر توضیحات ذیل برای آگاهی هرچه بیشتر خوانندگان ضروری می‌نماید:

۱ـ به طوری که مؤلف محترم آقای عبدالقادر عوده در مقدمه‌ی خود آورده‌اند نام‌برده با علاقه‌ی زایدالوصف و موشکافانه‌ای به مطالعه‌ی تمام مباحث فقهی مرتبط با جزائیات اسلام پرداخته و یافته‌های خود را با قوانین عرفی جدید به ویژه قانون جزای مصر مقایسه کرده و به زعم خود تفوق و برتری حقوق اسلامی را بر قوانین وضعی جدید نشان داده است.

۲ـ نویسنده‌ی محترم آنچه را ائمه‌ی اربعه‌ی مشهور اهل سنت و جماعت یعنی امام مالک، احمد حنبل، شافعی و ابوحنیفه به ترتیب امامان نحله‌ی فقهی و فکری مالکیه، حنبلیه، شافعیه و حنفیه از متون و منابع اخذ کرده‌اند به عنوان حقوق اسلامی معرفی کرده و در کنار آنها به برداشت‌های فقهی شیعه‌ی زیدیه نیز اشاره کرده است. به زعم وی، برداشت این فقها مترادف با حقوق اسلامی و یا عین این حقوق است و کمتر به خود اجازه می‌دهد تا نظریه و فتوایی از امامان نحله‌های فقهی مزبور را مورد نقد و تخدیش قرار دهد.

۳ـ بر اهل نظر پوشیده نیست که فقهای سایر فرق شیعی به ویژه مذهب امامیه ظرافت‌ها و باریک‌اندیشی‌های عدیده‌ای در ابواب فقهی داشته و آثار بدیع و گران‌سنگی در این زمینه ارائه کرده‌اند که در این اثر مورد بررسی قرار نگرفته است از این حیث، ضعف داوری تمام‌عیار نویسنده در مساوی دانستن فتاوای ابرازی امامان اهل سنت و جماعت به عنوان حقوق اسلامی روشن و آشکار خواهد شد. هرچند که غوص و بررسی عمیق فتاوا و دیدگاه‌های فقها اعم از اهل سنت و شیعه نشان می‌دهد که این فتاوا تفاوت‌های بنیادی قابل اعتنایی با یکدیگر ندارند و تمایزها و اختلاف نظر فقها اهمیت چندانی ندارد و بیشتر معلول استناد به سنت است، زیرا که سنت مورد نظر برای یک نحله‌ی فقهی معتبر و از دیدگاه نحله‌ی فقهی دیگر فاقد اعتبار است.

با این همه، مترجم امیدوار است که با توفیقات خداوندی نقصان اصلی این اثر که همانا عدم پرداختن به دیدگاه‌های فقهی شیعه است در چاپ‌های بعدی جبران گردد.

۴ـ کاستی مورد اشاره در بند فوق به معنای کم‌ارج شمردن زحمات مؤلف در جمع‌آوری و تبویب مباحث فقهی و انطباق آنها با عناوین جدید حقوق جزای عرفی آن گونه که استادان و دانش‌جویان دانشکده‌های حقوق با آن سروکار و آشنایی دارند نیست.

۵ـ دیدگاه‌های ابراز شده از سوی فقها در این اثر در برخی از موارد با تلقی‌های جدید فقهی و دیدگاه‌های ابراز شده از جانب نواندیشی دینی، چه در ایران و چه در مصر و ترکیه و کشورهای دیگر هم‌خوانی ندارد به عنوان مثال می‌توان در باب فقه‌النساء از جمله به جواز تنبیه زوجه از سوی شوهر و یا مقوله‌ی چندهمسری، ارتداد و... اشاره کرد.

در این موارد نیز به نظر مترجم بدون آگاهی از مبانی و مستنداتی که مثلاً طرف‌داران فقهی قتل مرتد به آنها تمسک جسته‌اند نمی‌توان نظر مخالف ابراز کرد. به عبارت دیگر از این که صرفاً قاعده و حکمی مطلوب ما نمی‌باشد نمی‌توان حکم بر بطلان آن داد. نیل به قاعده‌ی جدید نیازمند کاوش در مبانی و یافتن حکم جدید است و اِلّا همه‌ی تلاش‌ها هرچند صادقانه باشد فاقد اثر خواهد بود. ابواب فقه‌النساء و پاره‌ای از قضایای فقهی نیازمند چنین تفحص و واکاوی مؤمنانه است. واکاوی مؤمنانه با نفی مبانی و اصول سازگار نیست بلکه مطالعه و بررسی اصول و مبانی ظاهراً کهنه و غیرقابل قبول، محقق را به تلقی و فهم جدید از قضایا رهنمون می‌شود که پاسخ‌گوی سؤالات و نیازهای عصری خواهد بود. مترجم امیدوار است خوانندگان فهیم و دردآشنای اثر حاضر با چنین ذهنیتی فتاوا و احکام منتسب به فقها را در اموری که به نظر آنان پاسخ‌گوی سؤالات و نیازهای جدید نیست مطالعه و بررسی کنند.

۶ـ عنوان تحت‌اللفظی متن اصلی در برگردان فارسی عبارت است از: «بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی» که این عنوان در هر یک از مجلدات ترجمه محفوظ و مورد استفاده قرار گرفته است.

جلد اوّل متن اصلی، متضمن بحث و بررسی مقایسه‌ای احکام، قواعد و مبانی فقهی و دیدگاه‌های فقها درباره‌ی حقوق کیفری است که در ادبیات دانشگاهی و آکادمیک با عنوان «حقوق جزای عمومی» شناخته می‌شود.

قصد و تمایل اولیه این بود که ترجمه‌ی جلد اوّل همانند متن عربی در یک مجلد ارائه شود، النهایه پس از حروف‌چینی و اجرای امور مقدماتی، ملاحظه شد که عرضه کردن ترجمه در یک مجلد به لحاظ فنی مقرون به صواب نیست زیرا ماندگاری سالم کتاب را با تعسر هم‌راه می‌سازد و استفاده‌ی بهینه از آن را کاهش می‌دهد از این رو ترجمه‌ی جلد اوّل در دو جلدِ مستقل، جلد اوّل با عنوان «جرم و ارکان آن» و جلد دوم با عنوان «مجازات، مبانی و اقسام آن» به زیور چاپ آراسته شد.

خوانندگان محترم ملاحظه خواهند کرد که تمامی مباحث، موضوعات و سرفصل‌هایی که در دروس دانشگاهی درباره‌ی حقوق جزای عمومی به ارزش ۶ واحد در دانشکده‌های حقوق تدریس می‌شود در این دو جلد به طور تطبیقی مورد بحث و بررسی قرار گرفته و مؤلف محترم انصافاً با تحمل زحمات فراوان به خوبی از عهده‌ی این امر خطیر برآمده است.[۱]

جلد دوم متن اصلی در برگیرنده‌ی مباحثی از حقوق کیفری است که در ادبیات کلاسیک با عنوان «حقوق جزای اختصاصی» شناخته می‌شود. به طوری که اهل فن آگاهی دارند، حقوق جزای اختصاصی در هفت واحد درسی دانشگاهی (جرایم علیه اشخاص، جرایم علیه اموال و مالکیت، جرایم علیه آسایش و امنیت عمومی) مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

در این اثر، جرایم علیه اشخاص، شامل انواع قتل، اقسام جراحت‌ها و انواع آنها به نحو مستوفا مورد بحث و بررسی قرار گرفته، ضمن این که در این بررسی، تمایزها و مشابهت احکام قتل و انواع آن در قوانین موضوعه با مبانی فقهی به خوبی در معرض دید خواننده قرارگرفته است. در بخش مربوط به جرایم علیه اموال، جرم سرقت با انواع آن مورد واکاوی جدی قرار گرفته و بدیهی است که جرایم جدید مانند کلاه‌برداری و اختلاس به معنای امروزین آن ـ صدور چک بلامحل از موضوعات مورد بررسی کتاب حاضر نباشد. هم‌چنین با تجزیه‌وتحلیل جرایمی که از آنها در لسان فقها با عنوان «جرایم حدودی» یاد می‌شود، در واقع مؤلف جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی را مورد بحث و بررسی قرار داده است. به این ترتیب با غمض عین و مسامحه‌ی مختصر می‌توان جلد دوم متن اصلی را در برگیرنده‌ی مباحث تحلیلی و تفسیری حقوق جزای اختصاصی معرفی کرد. بنابر ملاحظاتی که درباره‌ی جلد اوّل کتاب گفته شد، ترجمه‌ی جلد دوم این اثر نیز به فارسی در دو جلد که در واقع جلدهای سوم و چهارم به شمار می‌روند با عنوان «جرایم علیه تمامیت جسمانی اشخاص» و «جرایم علیه آسایش عمومی» ارائه شده است.

مؤلف در جای‌جای اثر حاضر توفیق آن را داشته است که به زعم خود تفوق و برتری فتاوا و احکام فقهی را بر قواعد مورد عمل قوانین موضوعه نشان دهد و از این مدعا با ذوق و شوق وصف‌ناشدنی دفاع می‌کند و با این اقدام علاقه‌ی چشم‌گیر خود را به قواعد و مقررات

---

۱. بررسی مکاتب کیفری آن گونه که در درس حقوق جزای عمومی دانشکده‌های حقوق مورد مطالعه قرار می‌گیرد از نقایص قابل یادآوری جلد اوّل متن اصلی است که می‌توان گفت با توجه به عنوان متن اصلی ظاهراً بررسی این مکاتب ضروری دانسته شده است.

جزائی اسلام که ممکن است بعضاً متعصبانه به نظر آید، نشان می‌دهد، ولی در هیچ موردی سخنی بی‌مبنا و مستند بر قلم مؤلف جاری نشده است.

در خاتمه مترجم بر خود فرض می‌داند از همه‌ی دوستان عزیزی که در ارائه‌ی این اثر به نحوی مشوق این‌جانب بوده‌اند و از مساعدت‌های فراوان آنان بهره‌مند شده است از جمله آقای مهندس حمید احراری و مدیر عامل محترم «شرکت یادآوران» جناب آقای آذربایجانی و ویراستار محترم جناب آقای علی قاسمی و کلیه‌ی کسانی‌که در حروف‌چینی این اثر و غلط‌گیری‌های متعدد آن زحمت کشیده‌اند سپاس‌گزاری نماید از خداوند متعال برای همه‌ی آن بزرگواران آرزوی توفیق روزافزون دارم. پیشاپیش خود را مرهون صاحب‌نظران معزّزی می‌دانم که لغزش‌ها و خطاهای رخ داده در این اثر را با بزرگواری از طریق پست الکترونیک به نشانی h farhoodi@tabrizu.ac.ir با مترجم در میان بگذارند.

حسن فرهودی‌نیا

دربارەی مؤلف

عبدالقادر عوده قاضی و متخصص حقوق اساسی (۱۳۲۴ هـ / ۱۹۰۶ م - ۱۳۷۴ هـ / ۱۹۵۴ م) در روستای کفرالحاج شربینی مرکز شربین کشور مصر به دنیا آمد. در ۱۳۳۰ هـ از مدرسەی ابتدایی المنصوره مدرک ابتدایی گرفت و به امر کشاورزی اشتغال یافت، بعداً ادامەی تحصیل داد و از دانشکدەی حقوق قاهره در ۱۳۴۸ هـ / ۱۹۳۰ م با رتبەی نخست فارغ‌التحصیل شد.

بعد از فراغت از تحصیل به دادستانی پیوست، سپس قاضی محکمه شد و در فعالیت‌های قضایی مرتبت بالایی کسب کرد.

در دوران «عبدالهادی» تعدادی از پرونده‌های نظامی به خواسته انحلال جریان اخوان‌المسلمین به مشارالیه ارجاع گردید، نام‌برده با این استدلال که «انحلال» شرعی نیست در پرونده‌های یادشده حکم برائت صادر می‌کرد.

در ۱۹۵۱ از منصب قضا کناره‌گیری و به جای مناصب حکومتی به دایر کردن دفتر وکالت اکتفا کرد. در اندک مدّت میان هم‌کاران وکیل خود جایگاه رفیعی یافت. در دورەی ریاست جمهوری محمّد نجیب (جمال عبدالناصر) به عضویت کمیسیون تدوین قانون اساسی مصر درآمد که در آن مواضعی در دفاع از آزادی‌ها و تنظیم قانون اساسی استوار بر اصول اسلامی و تعالیم قرآن کریم اتخاذ کرد. در ۱۹۳۵ م بنا به دعوت حکومت لیبی برای تدوین و تنظیم قانون اساسی آن کشور به عنوان کارشناس حقوق اسلامی دعوت شد.

بعد از آن که گروه اخوان‌المسلمین در واقعەی ۱۹۵۴ به اتهام اقدام به ترور جمال

عبدالناصر تحت تعقیب قرار گرفت و تعداد زیادی از اعضای این گروه و مخالفان دیگر حکومت عبدالناصر دستگیر شدند، محاکمه‌ی آنان در دادگاه نظامی ویژه با ریاست جمال سالم آغاز شد که در آن عبدالقادر عوده با تعداد دیگری از رهبران اخوان‌المسلمین از جمله شیخ محمد فرغلی، یوسف طلعت، و وکلای دادگستری ابراهیم طیّب و هنداوب دوَیر و محمودداللطیف به اعدام محکوم شدند که حکم صادره در ۷ دسامبر ۱۹۵۴ به مرحله‌ی اجرا درآمد.

این افراد علاوه بر کسانی بودند که در فاصله‌ی بین ۲۶ اکتبر ۱۹۵۴ تا ۱۹۶۵ م در خلال بازجویی‌ها کشته شدند. محاکمه‌ی تعداد دیگری از رهبران اخوان‌المسلمین در ۱۹۶۶ م و در رأس آنها سید قطب ادامه یافت و دادگاه نظامی با ریاست فریق‌الدجوی برای سید قطب و یوسف هورش و عبدالفتاح اسماعیل حکم اعدام صادر کرد.

در ۲۸ فوریه ۱۹۵۴ م در تظاهرات مقابل کاخ عابدین (کاخ ریاست جمهوری) که به مناسبت ریاست جمهوری مجدد محمد نجیب (جمال عبدالناصر) انجام گرفت عبدالقادر عوده با شعار «لاشرقیه، لاغربیه، اسلامیه اسلامیه، قرآنیه» بر سر فرمان‌ده نیروی انتظامی که به مقابله با دانش‌جویان دانشگاه قاهره و مدارس جیزه مشغول بود و مأموران به دستور وی به طرف دانش‌جویان تیراندازی می‌کردند، فریاد کشید. عبدالقادر عوده و عمر تلمسانی پنج روز بعد از این تظاهرات دست‌گیر و به براندازی نظام حکومتی در تظاهرات ۲۸ فوریه متهم شدند.

خون من به آنان نفرین می‌کند

روز هفتم دسامبر ۱۹۵۴ م روز اجرای حکم اعدام عبدالقادر عوده و پنج تن دیگر از برادران او بود. عوده در هنگام انتقال به جایگاه اعدام گفته بود: برای من اهمیت داشت که کجا خواهم مرد آیا در فراش یا در عرصه‌ی نبرد؛ در اسارت یا در آزادگی؛ اینک به ملاقات خدای خود می‌شتابم سپس رو به حاضران گفت: از خداوند برای این که شهادت را نصیبم ساخت سپاس‌گزارم، خون من آتشفشان انقلاب خواهد بود و نفرین‌گوی آنان.

او پدر دکتر خالد عوده استاد دانشکده‌ی علوم دانشگاه اسیوط است که محاکمه‌ی او به اتهام جانب‌داری از گروه اخوان‌المسلمین هم‌راه با چهل نفر از شخصیت‌های برجسته و اساتید دانشگاه‌ها در دادگاه اختصاصی نظامی با ریاست عبدالفتاح عبدالله انجام گرفت. دکتر خالد عوده در ۱۴ نوامبر ۲۰۰۷ م دست‌گیر شد. محاکمه‌اش ۱۵ ماه طول کشید و پس از برگزاری ۷۰ جلسه در پایان هفتادویکمین جلسه‌ی رسیدگی در ۱۵ آوریل ۲۰۰۸ از اتهام انتسابی برائت یافت.

عمده تألیفات عبدالقادر عوده عبارت‌اند از:
- *التشریع الجنائی الاسلامی*.
- *الاسلام و اوضاعه القانونیه*.
- *الاسلام و اوضاعه السیاسیه*.
- *الاسلام بین جهل ابنائه و عجز علمائه*.
- *المال و الحکم فی‌الاسلامی*.

از وی مقالات بسیار و مباحث ارزشمندی، هر کدام چندین بار، به چاپ رسیده است. برخی از آثار او به زبان‌های دیگر نیز ترجمه شده‌اند؛ حتی بسیاری از دانش‌جویان مقاطع کارشناسی ارشد و دکتری رساله‌های خود را درباره‌ی مباحث اسلامی با تکیه بر تألیفات عبدالقادر عوده انتخاب کرده و به رشته‌ی تحریر درآورده‌اند.

بسم‌اللّه الرحمن الرحیم

سپاس خدای را که به انسان دانش عطا فرمود و از گم‌راهی به روشنایی هدایتش کرد و به او آگاهی بخشید. درود و سلام بر محمد (ص) که خدایش او را بشارت‌دهنده و ترساننده و هادی و معلم همه‌ی انسان‌ها قرار داد «تا هر که هلاک شدنی است هلاک شود و آن که لایق زندگی است زنده بماند» (انفال، ۴۲).

این کتاب پژوهشی است مقایسه‌ای در حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی. با توفیقات خداوند در این اثر، تلاش شده است تا برتری‌ها و زیبایی‌های شریعت اسلام و تفوق آن بر قوانین وضعی و تقدم آن در تبیین اصول انسانی و دیدگاه‌های علمی و اجتماعی که جهان بشری با آنها بیگانه بوده و دانشمندان تا این اواخر به آنها دست‌رسی نداشتند، نشان داده شود. خواننده با مطالعه‌ی این اثر به صحت این ادعا پی خواهد برد و امید است حتی پیش از اتمام مطالعه‌ی کتاب به آنچه نویسنده اعتقاد دارد ایمان بیاورد که شریعت اسلام، برای تمام زمان‌ها و مکان‌ها آیین کاملی است.

«و الحمدلله الذی هدانا لهذا و ما کنا لنهتدی لولا ان هدانا الله.» «ربِّ اشْرح لی صَدْری وَ یسّرلی امری وَاْحلل عقدةً مِن لسانی یفقهوا قولی.»

پیش‌گفتار

۱. موضوع بحث: این کتاب دربرگیرنده‌ی سلسله مباحثی است مقایسه‌ای میان حقوق جزای اسلامی و قوانین وضعی به ویژه حقوق جزای مصر که ضمن طرح اصول و دیدگاه‌های کلی در شریعت اسلام و قوانین عرفی به بحث و بررسی وجوه اشتراک و اختلاف آن دو نیز می‌پردازد. در این مجموعه حقوق جزای اسلامی به طور مقایسه‌ای مورد بررسی قرار گرفته که امید است به یاری خداوند به پایان برسد و اگر خداوند توفیق دهد در فرصتی دیگر، حقوق مدنی هم به بحث گذارده خواهد شد.

۲. مندرجات جلد اول: در این جلد حقوق جزای عمومی اسلامی و در جلد دوم، جزای اختصاصی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳. حدود مقایسه میان حقوق اسلامی و قوانین عرفی: خواننده‌ی کتاب، ملاحظه خواهد کرد که نویسنده اهتمام خاصی نشان داده است تا این مقایسه تمام اصول و دیدگاه‌ها را در هر موضوعی اعم از موضوعات با اهمیت یا کم‌اهمیت در برگیرد، و از این طریق خواسته است تا خواننده ضمن آشنایی با نظریات اسلامی درباره‌ی موضوعات مورد بحث، اشتراک و اختلاف آن را با قوانین عرفی بشناسد و هم‌چنین بهانه را از کسانی که به تعبیر قرآن «فی قلوبهم مرض» دارند، بگیرد تا نگویند چرا موضوعی تا بدین حد تفصیلی به بحث گذاشته شده و فلان موضوع رها شده است.

در هنگام مقایسه بین شریعت اسلام و حقوق عرفی، نویسنده چندان در جست‌وجوی قانون دوره‌ی آغازین و ابتدایی نبوده است و هم‌چنین به مقایسه‌ی میان قانون عرفی حاکم در سده‌ی هفتم میلادی و اسلام که در آغاز این قرن نازل گردید، نپرداخته است؛ زیرا قوانین عرفی دوران مزبور در حدی نبود که شایسته‌ی مقایسه باحقوق اسلامی باشد. از این رو، مقایسه میان شریعت و حقوق عرفی کنونی انجام گرفته است، و این مقایسه در زمان و دوره‌ای انجام می‌شود که از طرفی قوانین عرفی آن گونه که ادعا می‌شود دایماً در حال تطور به سوی کمال است در حالی‌که شریعت اسلام که سیزده قرن قبل نازل گردیده در گذشته تغییر و تبدیلی نیافته است و در آینده نیز دچار تغییر و دگرگونی نخواهد شد؛ چرا که این شریعت طبیعتاً و ذاتاً تغییرناپذیر است زیرا از جانب خداوند فرستاده شده "و لاتبدیل لکلمات الله" و ساخته و پرداخته‌ی کسی است که به جهان و هرچه در اوست اتقان و استحکام بخشیده است و آفریده و ساخته‌ی دست او، نیازمند تقویت بعدی نیست.

بدین ترتیب، روش نگارنده در این اثر مقایسه میان جدیدترین آراء و نظریه‌ها در قانون عرفی و قدیم‌ترین آنها در شریعت اسلام است؛ به عبارت دیگر، میان قانون جدید که قابلیت تغییر و تبدیل دارد و قانون قدیم که از هر تغییر و تبدیلی در امان مانده است به قیاس نشسته‌ایم و نتیجه‌ی ملموس حاصل از این مقایسه این است که قوانین قدیم ثابت و تغییرناپذیر، از قوانین جدید تغییرپذیر بهتر است، و شریعت به رغم قدمت آن، شأن و منزلتی بالاتر از آن دارد که با قوانین وضعی جدید مقایسه شود، و قوانین عرفی به رغم آن که آراء و اصول و نظریه‌های حقوقی در آنها راه یافته است در مسیر و جایگاهی پایین‌تر از شریعت اسلام قرار دارد.

به طور یقین، این ادعا گروهی را شگفت‌زده خواهد کرد. زیرا، در دورانی زندگی می‌کنیم که سخن حق و به طور کلی هر حقی، آن چنان غیر مألوف و غریب است که اکثر مردم از آن تعجب می‌کنند ولی شگفت‌زدگی در برابر یک امر، مانع از اندیشیدن هیچ عاقلی نمی‌شود که مسائل را سبک و سنگین کند، به مقایسه‌ی آنها بنشیند و ناپاک را از پاک تمیز دهد.

محصول جدید چه بسا در پاره‌ای موارد، بهتر از محصول و مصنوع قدیم باشد، اما قایل شدن به این رجحان در صورتی درست است که طرفین مقایسه هر دو ساخته‌ی دست بشر باشد. لکن وقتی مصنوع جدید به دست بشر تولید شده است مقایسه‌ی آن با مصنوع قدیم که ساخته و پرداخته‌ی خداوند قادر است، درست نیست.

خداوند موسی و عیسی و محمد (ص) را آفریده و برای آنان تورات و انجیل و قرآن را نازل کرده است، آیا از انسان‌های قبل و بعد از آنان (غیر از پیامبران) کسی را می‌توان یافت که

با آنها مقایسه شود؟ و آیا بشر قادر است مانند آنچه را پیامبران آورده‌اند بیاورد؟ خداوند آسمان و زمین را آفریده و خورشید و ماه را مسخر ما کرده و ما آدمیان را آفریده است، آیا بشر می‌تواند مانند آنها را خلق کند؟ آری انسان نه تنها نمی‌تواند آنها را بیافریند بلکه از درک چنین مسائلی نیز عاجز است.

هرچند عقل بشر می‌پذیرد که ساخته‌ی کسی در جایگاه ساخته‌ی شخص دیگری قرار بگیرد در هر حال ناتوان از این است که ساخته و پرداخته‌ی انسان را به جای ساخته‌ی خداوند قرار دهد، زیرا تفاوت این دو را می‌فهمد و فاصله‌ی بزرگ میانشان را احساس می‌کند. تردید نیست انسان‌هایی که تفاوت یاد شده را درک می‌کنند، شایسته است که تفاوت میان شریعت اسلام را که مخلوق خداوند است با قوانین عرفی که بر ساخته‌ی اندیشه‌ی بشر است، درک نمایند و چنانچه عده‌ای از درک تفاوت یاد شده ناتوان باشند، نباید از ادعای ما شگفت‌زده شوند، بلکه باید از خودشان تعجب کنند که چگونه یک واقعیت محسوس را درک نمی‌کنند و امور بدیهی و اولیه را نمی‌فهمند.

۴. مقایسه‌ی آراءِ مذاهب چهارگانه با یکدیگر: خواننده در این اثر ملاحظه خواهد کرد که در مقایسه‌ی یک امر، به یک مذهب از مذاهب فقهای اسلامی اکتفا نشده است بلکه مذاهب اربعه‌ی مشهور یعنی مذاهب مالکی و حنفی و شافعی و حنبلی پایه‌ی مقایسه قرار گرفته و در هر موضوعی که عنوان شده، احکام هر یک از مذاهب مزبور تبیین، و تلاش شده اگر در آراء آنها درباره‌ی موضوعی اختلاف نظر وجود دارد بیان شود؛ تا خواننده با دیدگاه هر مذهب و مستند آن آشنایی حاصل کند.

۵. چرا به مذاهب اربعه اکتفا گردیده است: نگارنده مایل بود که آراء مذاهب مشهور دیگری مانند مذاهب شیعه و خوارج و ظاهریه هم طرح و به بحث گذاشته شود، لیکن کم‌بود امکانات و محدودیت وقت و فرصت، نگارنده را از آنچه مایل بدان بود بازداشت. بنده کارمندی بودم که از بدِ حادثه محل کارش روستا بود؛ جایی که کتاب و کتاب‌خانه کم است؛ و یا اصلاً نیست و به همین سبب، منابع مورد نیاز را در دست‌رس نداشتم لذا بر معلومات خود اعتماد کردم و از منابع اندکی که در اختیارم بود حداکثر بهره را بردم. پرواضح است غالب کسانی که در انجام‌دادن کار فقط بر نفس خویش اتکا می‌کنند، به تمام مقصود خویش دست نمی‌یابند.

محدودیت زمان بزرگ‌ترین مشکل نگارنده بود، چرا که کار رسمی‌اش تقریباً، همه‌ی

اوقات او را اشغال می‌کرد و اگر اوقات استراحت روزانه و تعطیلات سالیانه را به این امر اختصاص نمی‌داد، قادر بر فایق آمدن بر مشکل مزبور نبود.

مشکلاتی از این دست باعث شد که فقط مذاهب اربعه مورد بحث و بررسی قرار بگیرد و سایر مذاهب مشهور رها شود، شاید این نقیصه به یاری خداوند در چاپ بعدی جبران شود.

۶. روش و زبان به‌کار رفته در این کتاب: نگارنده نمی‌خواست به شیوه و زبان فقها این اثر را بنگارد، زیرا بدون شک خود را از اتخاد روش دقیق و عمیق آنها ناتوان می‌دانست، از طرف دیگر، خواننده‌ی معمولی نیز قطعاً در فهم این اسلوب دچار مشکل می‌شود و لذا نگارنده ترجیح داد زبانی را در تحریر این نوشته به کارگیرد که علمای حقوق در عصر کنونی آن را به کار می‌گیرند، در این اثر فقط اصطلاحات فنی شرعی عیناً نقل شده و البته مترادف آنها در لسان حقوقی کنونی نیز آورده شده، با این همه در هیچ مورد از ذکر مراجعی که به آنها استناد یا مطلبی از آنها نقل شده، خودداری نشده است.

انگیزه‌ی نگارنده در اتخاد شیوه‌ی مزبور آن بوده است که خواننده بدون آن که در فهم مطلب، تعمق بیشتری روا داشته یا ذهن خود را بیازارد، آنچه را نوشته است به راحتی درک کند. به گمان بنده، با انتخاب این شیوه، نه فقط مشکل کسانی که دست‌اندرکار مباحث حقوقی (دانشجویان حقوق) هستند در فهم و درک حقوق اسلامی ــ بدون آن که نیازمند مراجعه به متون اصلی باشند ــ حل شده است، بلکه فراتر از آن، حتی فهم و درک کتب فقهی در صورتی که آنان مایل به مراجعه به آنها باشند، پس از مطالعه‌ی این کتاب برایشان، آسان خواهد بود. جای تردید نیست که کتب فقهی به زبانی دقیق و متمرکز نوشته شده است و فقط کسانی قادر به فهم آنها هستند که در مطالعه‌ی آن کتب ممارست داشته و با قواعد اساسی شریعت اسلام آگاهی داشته باشند؛ که البته غالب دانشجویان حقوق فاقد این ویژگی هستند.

این توضیح لازم است که وقتی نگارنده تصمیم گرفت نگارش و تنظیم این کتاب را به شیوه‌ی علمای حقوق بنگارد، آگاه بود که به طور کلی قادر نخواهد بود خود را از تأثیر شیوه‌ی کتب فقهی رها سازد. شاید مؤانست طولانی نگارنده با کتاب‌های فقهی در زبان و شیوه‌ی نگارش اثر رد پای خود را باقی گذاشته باشد که امیدوارم به نفع خواننده باشد و آن را مرحله‌ای از فهم کتب فقهی بداند.

۷. فقها و علمای حقوق «شراح»: در این کتاب هرجا کلمه‌ی فقها به کار برده شده، منظور علمای حقوق اسلامی است و کلمه‌ی «شراح» درخصوص دانشمندان حقوق عرفی به‌کار

رفته است. نگارنده مایل است این نکته را یادآور شود در هر جا که یکی از دو کلمه‌ی مزبور (فقها و شراح) بدون قیدوشرط به‌کار رفته است، موضوع بر خواننده مشتبه نشود چرا که اساس این تفکیک به غلبه در استعمال و انطباق هر یک از دو کلمه بازمی‌گردد. در شریعت اسلام غالباً از عالم، به فقیه، و در قوانین به "شارح" تعبیر شده است، درواقع طبیعت عمل و کار هر یک از آنان با نام انتخاب شده تناسب دارد. در شریعت اسلام، عالم کمتر نصوص را شرح می‌دهد، بلکه قواعد و اصول و آرائی را که از نصوص مزبور ناشی شده است و پایه و مبنای احکام قرار می‌گیرند استنباط می‌کند، از این رو، بیشترین کار عالم "تفقّه" است و کمترین کارش شرح نصوص و لذا لفظ فقیه بر او اطلاق می‌شود. ولی بیشترین کار دانشمند حقوق، شرح و بسط نصوص قانونی است که در جانب کثرت، حد و مرزی ندارند و عالم حقوق براساس قواعد و اصولی که نصوص عمومی بر آنها استوار گردیده است مواد قانونی را تجزیه و تحلیل می‌کند، البته این کار مانع از آن نخواهد بود که عالم حقوق در فاصله‌ی بین حال و آینده اصل جدید و یا نظریه‌ی جدید را استنباط کند، ولی کمترین کار او استنباط اصول و نظریه‌ها و بیشترین کارش تجزیه‌وتحلیل نصوص قانونی است، زیرا وجود مقررات قانونی درباره‌ی هر وضع و حالتی، باب تفکر و اندیشه را مسدود می‌کند و عالم حقوق را به سوی تجزیه و شرح آن سوق می‌دهد، از این رو، لفظ "شارح" بر او اطلاق شده است.

۸. **دلیل انتخاب حقوق جزای اسلام:** نگارنده از آن رو جزائیات اسلام را به بحث گذارده که این بخش مورد بی‌مهری و ستم قرار گرفته است. ما حقوق‌دانان از شریعت اسلام فقط آن بخش را که مربوط به "احوال شخصیه" است به بحث می‌گذاریم، و از بخش‌های مدنی و جزائی غافل می‌شویم که، نتیجه‌ی این عدم توجه و اهمال، جهل فاحش ما به احکام اقسام یاد شده است. با این همه به رغم این موضوع، کلاً اعتراف داریم که شریعت اسلام در موضوعات مدنی در سطحی کمتر از قوانین عرفی موجود، نیست و همپای آن می‌ایستد.

دلیل اعتراف به این موضوع از یک‌سو در این است که دانشمندان حقوق عرفی به‌ناچار در موارد اندکی از موضوعات مدنی، به شریعت اسلام مراجعه می‌کنند؛ زیرا مقررات قانون مدنی در این موارد از حقوق اسلامی گرفته شده است و این مقررات به رغم قلت، ممکن است موجب تفکری در انسان بشود که شریعت اسلام در آن تأثیر داشته باشد. هم‌چنین کاری که مرحوم "محمد قدری پاشاسهل" در کتاب خود *مرشدالحیرآن* انجام داده است، از جهت دیگر ما را به اعتراف مزبور وادار می‌کند. نام‌برده در کتاب خود، یک بررسی مقایسه‌ای بین مسائل مدنی حقوق اسلامی بر مبنای مذهب ابوحنیفه و قوانین عرفی انجام

داده و موضع آن را به سیاق مواد و ابواب قانونی مدنی مصر برشمرده است و از این طریق به خواننده‌ی کتابش این امکان را می‌دهد که به آسانی به مقایسه میان احکام شریعت و احکام قانون مدنی مصر بپردازد و بدون آن که نیازمند مراجعه به کتب فقهی باشد، حدود اختلاف و اتفاق آن دو را بشناسد. هرچند این شناخت و مقایسه، تا زمانی که خواننده با اصول و قواعدی که احکام شریعت اسلام بر آنها استوار گردیده و نیز با آراء و دیدگاه‌های فقهای مذاهب دیگرناآشناست، غالباً به نتایج صحیحی منتهی نمی‌گردد، حقوق جزای اسلامی به عقیده‌ی علمای حقوق عرفی با روزگار و عصر کنونی سازگار نیست و امروزه قابلیت اجرا ندارد و به پایه‌ی قوانین وضعی نمی‌رسد. این عقیده کاملاً خطا است و طرف‌داران آن به بیراهه رفته‌اند. هر انسان منصفی چنانچه در صدد شناخت پایه و مبنای این عقیده برآید، به این نتیجه خواهد رسید که دلیل اصلی، چیزی جز جهل نیست و پس از بررسی با کمال تأسف درخواهد یافت که صدور حکم عدم صلاحیت درباره‌ی حقوق جزای اسلامی از سوی ما، به آن دلیل است که نسبت به آنها در جهل مرکب به سر می‌بریم.

بسیار آزاردهنده است که این عقیده‌ی خطا یا دروغ بزرگ ترویج شود و دانشجو به خود تلقین کند که عقیده‌ی مزبور از طرف دانشمندان و کسانی که دست‌اندرکار وضع قانون هستند، به رغم آن که برخلاف واقع بوده و بر پایه‌ی انکار حقیقت و جهل آشکار به احکام اسلام است، عقیده‌ی مسلم و پذیرفته شده تلقی گردد.

اگر کسی مایل باشد بداند که این عقیده تا کجا خطا و گم‌راه‌کننده است باید به کتب فقهی مراجعه کند؛ تا ببیند که هر اصل و قاعده و نظری در شریعت اسلام، خطا و دوربودن این عقیده را از واقعیت فریاد می‌زند.

پس از آن که این نکته بر من آشکار شد بر خود فرض دانستم که با عقیده‌ی خطا و ظالمانه‌ی مزبور بستیزم این بود که ابتدا بخش جزائی را به رشته‌ی تحریر درآوردم؛ بخشی که به نادرست با آن مخالفت شده و بدون عذر، به آن جاهل مانده‌ایم، بنابر همین ضرورت بود که خواستم حقیقت احکام شریعت اسلام را به مردم بشناسانم و به آنان آشکار سازم که به طور کلی شریعت اسلام در جزائیات نسبت به قوانین عرفی از برتری بزرگی برخوردار بوده و هم‌چنان که در دوران گذشته صلاحیت داشته، برای اداره‌ی جامعه‌ی کنونی و آینده نیز از شایستگی کامل بهره‌مند است.

۹. چگونه به مطالعه‌ی حقوق اسلامی کشیده شدم؟ باید اعتراف کنم که در ۱۹۴۴ م مطالعه‌ی حقوق اسلامی را شروع کردم و قبل از آن به خواندن کتب فقهی علاقه‌مند نبودم و

بیشتر به مطالعه‌ی تاریخ سرگذشت قهرمانان اسلام می‌پرداختم. در کتاب‌های تاریخی معمولاً به مسائل فقهی اشاره نمی‌شود ولی هنگامی که سرگذشت اشخاصی چون قاضی یا حاکم مرور می‌شود، برخی از عمل‌کردهای آنها، مانند نحوه‌ی حکم و قضاوت و یا تشریع بیان می‌شود. این آثار در اهل فن، روح مقایسه و بررسی را زنده می‌کند. از این که هیچ قضاوت، حکم و یا تشریع اسلامی را نمی‌یافتم، جز آن که در آنها اصول و نظریه‌های جدید جزائی رعایت شده بود، در شگفت می‌ماندم. اصول و نظریه‌هایی که در مدارس به ما آموزش داده شده بود از ابتکارات قوانین عرفی به‌شمار می‌آمد و جهان کنونی با آنها بیگانه بود و فقط در قرن ۱۹ آن هم در اثر انقلاب فرانسه پدیدار شدند. این تناقض آشکار میان آنچه شنیده بودم و آنچه لمس می‌کردم مرا بر آن داشت تا بخش جزائی شریعت اسلام را به طور منظم مطالعه کنم. محصول مطالعه‌ی دقیق و منظم این بود که تنها عیب و کاستی این بخش این است که مردم نسبت به آن جاهل هستند، و این قوانین از هر قانون عرفی که در گستره‌ی زمین وضع گردیده بهتر است، بلکه حتی بهترین الگویی است که باید هر قانون‌گذار عرفی در کشورهای غیر اسلامی در وضع قوانین مدنظر قرار دهد و انتخاب کند.

۱۰. ضرورت تهذیب کتاب‌های فقهی: در مطالعه‌ی بخش جزائی به زحمت افتادم زیرا هنگامی مطالعه را شروع کردم که چیزی از علم اصول و اصطلاحات فقهی نمی‌دانستم. از طرف دیگر به مطالعه‌ی کتب فقهی عادت نداشتم. این کتاب‌ها فاقد فهرست هستند، و هر کسی که مایل است حکم موضوعی را بداند آسان نیست که فوراً آن را بیابد؛ به ویژه اگر راه‌نما نداشته باشد باید چندین باب را بخواند تا آنچه را در جست‌وجوی آن است به دست آورد؛ حتی گاهی از یافتن مقصود ناامید می‌شود و شاید بعدها به طور اتفاقی آن را در جای دیگری بیابد که انتظار آن نمی‌رود.

فقهای مذاهب مختلف نیز در ترتیب مسائل و تألیف کتب، روش واحدی اتخاذ نکرده‌اند، موضوعی که در مذهبی مقدم بر سایر مسائل به بحث گذارده شده در مذهب دیگر مؤخر بر آن آمده است، و مسئله‌ای که در مذهبی در باب معینی آمده، در مذهب دیگر در آن باب بحث نشده است. علاوه بر اشکالات مزبور، فقها مباحث را در قالب عبارات مجمل و فشرده و در عین حال دقیق بیان می‌کنند و در غالب موارد، به ویژه در کتاب‌های مختصر و متون، حکم را بیان کرده اما دلیل آن را مسکوت می‌گذارند.

تردید نیست که مطالعه‌ی مذاهب فقهی فی‌نفسه یک مطالعه‌ی پرتلاش و مقایسه‌ای بود زیرا به جای یک کتاب، ناگزیر چهار کتاب را مطالعه و بررسی می‌کردم. لیکن این نوع مطالعه در واقع برای نگارنده فایده‌ای بزرگ در برداشت زیرا فهم نظریات مختلف و نیز مبانی‌ای را

که هر فقیهی پایه‌ی نظریه‌ی خویش قرار داده بود، برای من آسان می‌ساخت و کمک می‌کرد تا تفاوت‌های دقیق و ظریف میان مذاهب را آشکار کنم.

اعتراف می‌کنم که وقتی اولین بار کتب فقهی را می‌خواندم، آنها را خوب نمی‌فهمیدم و از برخی مسائل برداشت‌هایی می‌کردم که وقتی آنها را برای بار دوم می‌خواندم به اشتباه بودن برداشتم پی می‌بردم و از این رو گاهی، کتابی را دو و سه و چهار بار مطالعه می‌کردم؛ حتی آن قدر خواندن آن را تکرار می‌کردم که کاملاً بدان وقوف می‌یافتم و هیچ خطا و اشتباهی تصحیح نشده باقی نمی‌ماند. عاملی که مرا وادار می‌کرد تا یک موضوع را بیش از یک بار بخوانم، این بود که مذاهب اربعه را مطالعه و بررسی می‌کردم و در هر مذهب نیز تعدادی از کتب مؤلفان پیرو آن مذهب را می‌خواندم. به علاوه در ابتدا فقط به کتاب‌های مختصر و اندک دست‌رسی داشتم؛ به تدریج و به تبع آنها کتاب‌های پرحجم و تفصیلی را مطالعه کردم. با این حال عقیده ندارم که کارم از خطا و اشتباه به دور مانده است زیرا انسان غیرمعصومی بیش نیستم که فقط تلاش کرده‌ام از خطا و اشتباه بپرهیزم، و امیدوارم کسانی که به خطای من پی می‌برند، مرا به آن آگاه سازند؛ تا در آینده از آن پرهیز شود که این مایه‌ی امتنان و سپاس‌گزاری خواهد بود.

زمانی که جدیت و تلاش و فعالیت لازم را که زیبنده‌ی عالم حقوق است و باید آن را در شناخت احکام شریعت به کار برد، لمس کردم و نتایج روشنی را که به آنها دست یافته بودم، دیدم و اشتباهات مضحک و گریه‌آوری را که دچار آنها بودیم کشف کردم، احساس کردم تکلیف واجب‌الادایی به شریعت اسلام و همکاران حقوق‌دانم و هر کسی که به تحصیل حقوق اشتغال دارد، به عهده دارم. این امر واجب عبارت از آن بود که احکام شریعت اسلام در امور جنایی را با زبانی به مردم عرضه و به شیوه‌ای آن را مطرح کنم که آن زبان را می‌فهمند و با آن شیوه، الفت و انس دارند؛ و دیگر این که برداشت و معلومات حقوق‌دانان از شریعت را تصحیح کرده، حقایقی را بر مردم روشن سازم که زنگار جهل روزگار طولانی، فهم ما را از آنها تیره کرده است.

۱۱. شیوه‌ی تألیف این کتاب: خواننده ملاحظه خواهد کرد که تنظیم و تبویب این کتاب در سیاق کتب حقوقی است. نگارنده این شیوه را عمداً انتخاب کرده‌ام چراکه به نظر می‌رسد این روش با سبک و سیاق حقوق‌دانان بیشتر سازگار است. با اتخاذ این روش، آنان احساس نخواهند کرد که با روشی روبه‌رو هستند که هیچ الفتی با آن ندارند. حقوق‌دانان می‌توانند این کتاب را با علاقه مطالعه کنند و به آسانی مطالبی را که در پی‌اش هستند بیابند و مورد بحث و

بررسی قرار دهند، زیرا آنها، مطالب مورد نظر در این کتاب را، در همان مباحثی خواهند یافت که معمولاً در کتب حقوقی تحت آن مباحث می‌بینند.

انگیزه‌ی نگارنده در انتخاب شیوه‌ی فوق بدین دلیل بود که ملاحظه می‌کرد که فقها، برخلاف شیوه‌ی رایج حقوق‌دانان، میان حقوق جزای عمومی و حقوق جزای اختصاصی تفاوتی قایل نیستند و بلکه به مناسبت بحث و بررسی جرایم اختصاصی، هرجا که موقعیت ایجاب کند از قواعد عمومی هم بحث می‌کنند و سخن می‌گویند و برای تسهیل در بحث و به عنوان هم‌سویی با شیوه‌ای که امروزه در تألیف و ترتیب مسائل جنایی ملحوظ است، مبحث جزای اختصاصی را جدا و مبحث احکام را نیز جداگانه مطرح کرده‌ام. مطالب و مباحث مربوط به حدود و قصاص تعزیرات، و به عبارت دیگر هر آنچه درباره‌ی جرایم به رشته تحریر درآمده بود، مطالعه کردم و از این همه، قواعد عمومی را استخراج و آنها را منظم و بعد به شکلی که خوانندگان خواهند دید، در این کتاب جمع‌آوری کردم.

۱۲. چگونه داغ عدم صلاحیت به پیشانی شریعت اسلام زده شده است: همان‌گونه که خوانندگان عزیز ملاحظه خواهند کرد از مطالعه و بررسی شریعت اسلام بر نگارنده آشکار شد که طرف‌داران عدم صلاحیت شریعت اسلام برای عصر کنونی، نظرشان بر تحقیق و بررسی علمی و مدارک منطقی استوار نیست. زیرا تحقیق علمی و منطقی هردو، اقتضا می‌کند که به تفوق شریعت اسلام نسبت به قوانین عرفی و شایستگی آن برای اداره‌ی جامعه‌ی کنونی و دوره‌های بعدی نیز قایل شویم.

علاوه بر آن، طرف‌داران این نظر بر دو دسته هستند: گروهی نه حقوق می‌دانند و نه از اسلام چیزی خوانده‌اند. گروه دیگر حقوق خوانده‌اند لکن از اسلام چیزی نمی‌دانند. بنابر این، هیچ یک از این دو گروه اهلیت ندارند تا درباره‌ی اسلام قضاوت کنند؛ زیرا به احکام آن کاملاً ناآگاه هستند بدیهی است که هر کس از موضوعی بی‌اطلاع باشد نباید درباره‌ی آن قضاوت کند.

واقعیت این است که گروه‌های مورد بحث، عقاید اشتباهشان را درباره‌ی شریعت اسلام بر یک قیاس اشتباه و نه بر تحلیل و بررسی منظم پایه‌ریزی کرده‌اند، زیرا آنها می‌دانند که قوانین عرفی موجود موجب پایان دادن به عمر قوانین قدیم که تا اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ م لازم‌الاجرا بود شده است و نیز اذعان دارند که قوانین عرفی جدید بر نظریه‌های فلسفی و ملاحظات انسانی و اجتماعی که در قوانین گذشته وجود نداشت، پی‌ریزی شده است. حاصل قیاس بین دو نوع اخیر از قانون به این عقیده منجر شده است که بگویند،

قوانین گذشته برای عصر حاضر کارایی ندارند. البته این اعتقاد در کلیت خود صحیح است، لیکن اینان در جایی دچار اشتباه و خطا می‌شوند که شریعت اسلام را با قوانین عرفی مقایسه می‌کنند و می‌گویند: قوانینی که تا اواخر قرن ۱۹ م مترقی و پیشتاز بودند برای دوران کنونی کارایی ندارند، شریعت اسلام هم که در قرون وسطی قانون پیش‌رفته‌ای به حساب می‌آمد و اکثر احکام آن تا اواخر قرن ۱۸ م معمول بود، برای اجرا در روزگار امروز کارایی نخواهد داشت. خطای بزرگ آنان بر این قیاس باطل استوار است که از چشم بینای هیچ منتقدی مخفی نمی‌ماند.

۱۳. مقایسه‌ی شریعت اسلام با قوانین عرفی اشتباه است: اشتباه‌بودن این مقایسه از آنجاست که اینان، قوانین موضوعه‌ی بشری را با شریعت اسلام که از طرف آفریننده‌ی بشر وضع گردیده است یکسان می‌دانند. پس اینان درواقع زمین و آسمان و مردم و خدای مردم را با یکدیگر مقایسه می‌کنند، با توجه به این که در عقل انسان عاقل چگونه می‌گنجد که بین خود و خدایش و میان زمین و آسمان قیاس کند؟

بلاشک این مقایسه خطاست، چرا که آنان شریعت اسلام و قانون عرفی را یکسان می‌گیرند و حال آن که آن دو در ماهیت با هم‌دیگر کاملاً متفاوت هستند. حدود این اختلاف در مبحث مربوط به منشأ هر یک از آن موارد و تفاوت‌های ذاتی آنها، بیان خواهد شد.

۱۴. میان دو ناهم‌گون قیاس منتفی است: اگر این نکته درست باشد که شریعت و قوانین موضوعه‌ی بشری، ضمن تفاوت‌های اساسی، ویژگی‌های ذاتی جداگانه دارند، قیاس بین آنها محال خواهد بود؛ زیرا قاعده‌ی قیاس بر این است که میان "مقیس" و "مقیس‌علیه" تساوی برقرار باشد و در صورت نبود تساوی، قیاس به عمل نمی‌آید، و اگر هم قیاس شود، باطل خواهد بود. طرف‌داران عقیده‌ی عدم صلاحیت شریعت اسلام، برای اداره‌ی جامعه‌ی کنونی رأی خود را بر قیاس میان آن و قانون وضعی استوار ساخته‌اند و چون میان آن دو تساوی برقرار نیست، پس قیاس آنها، قیاس باطلی است و ادعای آنان به عدم صلاحیت شریعت در عصر کنونی نیز ادعای باطل به حساب می‌آید، زیرا بر پایه‌ی قیاس باطل است و آنچه بر باطل استوار باشد، خود نیز باطل خواهد بود.

در ذیل منشأ قانون و شریعت و وجوه اختلاف و تمایز میان آن دو به بحث گذاشته می‌شود. این بررسی تفاوت میان شریعت و قانون عرفی را برای کسی که بدان آگاه نیست آشکار می‌کند، و این نکته را مبرهن می‌سازد که بین آن دو، اختلاف اساسی وجود دارد؛ و با ویژگی‌های ذاتی از هم‌دیگر جدا می‌شوند.

۱۵. منشأ قانون: قانون عرفی در میان گروه و جماعتی به صورت ابتدایی و با قواعد محدود برای تنظیم امور وضع و پس از آن همگام با تحول جامعه متحول و قواعد آن زیاد می‌شود، و هم‌راه با افزایش و تنوع احتیاجات جامعه، نظریه‌های حاکم بر قانون ترقی می‌کند. با پیش‌رفت مردم در اندیشه و علوم و آداب و رسوم اجتماعی به کمال می‌گراید، بنابر این، قانون وضعی به سان کودکی است که در دوران طفولیت ضعیف و ناتوان است و به تدریج رشد می‌کند و نیرومند می‌شود تا به حد بلوغ برسد و همگام با تحول گروهی که آن را وضع کرده‌اند و متناسب با میزان ترقی و تعالی آن تحول می‌یابد و رشد می‌کند و مترقی می‌شود و اگر مردم جامعه در سیر صعودیشان دچار کندی شوند، قانون نیز همان شیوه را اتخاد می‌کند. بنابر این، مردم "قانون وضعی" را به منظور برطرف کردن احتیاجاتشان و برقراری نظم اجتماعی خلق می‌کنند. قانون تابع مردم است و تقدم و پیش‌رفت آن نیز به نیازهای آنان بستگی دارد.

دانشمندان حقوق، هنگامی که از اولین منشأ قانون وضعی بحث می‌کنند می‌گویند: قانون هم‌زمان با تکوین خانواده و قبیله به وجود آمده است. درگذشته سخن رئیس خانواده، قانون خانواده به حساب می‌آمد و سخن بزرگ قبیله، قانون قبیله محسوب می‌گردید. قانون هم‌راه با تحول مردم متحول گردید؛ تا این که دولت به وجود آمد و چون عادت‌های هر خانواده با عادات خانواده‌های دیگر یکسان نبود و رفتار و کردار هر قبیله با رفتار قبایل دیگر همانندی نداشت، وقتی دولت به وجود آمد از مجموعه‌ی آداب و رسوم و عادت‌ها، قانونی وضع شد که برای تمام افراد و خانواده‌ها و قبایل تحت قلمرو، لازم الاتباع بود. لیکن قانون هیچ دولتی غالباً با قوانین دول دیگر برابر و یکسان نبود و این ناهم‌گونی هم‌چنان ادامه یافت؛ تا این که مرحله‌ای دیگر از تحول قانونی در اواخر قرن ۱۸م و در اثر نظریه‌های فلسفی و علمی و اجتماعی به وجود آمد. قانون وضعی از آن تاریخ تاکنون تحول بزرگی یافته و بر نظریاتی استوار گردیده است که در روزگاران گذشته وجود نداشت. اساس و پایه‌ی نظریات جدید، عدالت و برابری و مهربانی و انسانیت است. گسترش این تلقی‌های جدید در جهان، به وحدت اکثر قواعد قانونی در غالب دولت‌های کنونی منجر گردیده است. بااین‌همه هر یک ازدولت‌ها قانون خاص خود را که با قوانین دول دیگر در بیشتر نکات تفاوت دارد، باقی گذارده‌اند.

از بررسی اجمالی منشأ قانون و تطور آن و مراحلی که طی کرده است، به روشنی معلوم می‌شود که قانون در آغاز پیدایش با شکل کنونی آن کاملاً متفاوت بوده و به مرور تغییر و تطور یافته تا به شکل امروزی خود درآمده است و هم‌چنین معلوم می‌شود که دوران تکامل قانون و تبدیل آن به شکل فعلی بسیار طولانی بوده و در طی هزاران سال انجام گرفته است.

۱۶. منشأ شریعت: منشأ قانون به اختصار بررسی شد اکنون باید به این نکته تاکید کرد که شریعت اسلام چنان منشأیی نداشته و آن راه طولانی را برای تکامل نپیموده است. چنین نبود که در ابتدا قواعد اندکی باشد و پس از آن رو به فزونی و کثرت بگذارد و اصول پراکنده‌ای نبود که بعداً جمع‌آوری گردد و نیز نظریه‌های ابتدایی به حساب نمی‌آمد که به مرور تهذیب و تنقیح شده باشد. شریعت هم‌راه با جماعت مسلمین به صورت طفل تولد نیافت تا همگام با تطور و رشد آنان به سمت کمال حرکت کند، بلکه از ابتدا به صورت یک جوان نیرومند و کامل به دنیا آمده و از جانب خداوند به عنوان شریعت کامل و جهان‌شمول که جامع افراد است و مانع اغیار، و مصون از هر کجی و منقصت، نازل گردیده است. خداوند بزرگ آن را در دوران کوتاهی بر سینه‌ی رسول گرامی‌اش حضرت محمد (ص) نازل فرمود؛ دورانی که آغازش بعثت پیامبر و انتهایش وفات ایشان بود و می‌توان گفت به مصداق آیه‌ی مبارکه‌ی: «الیوم اکملت لکم دینکم و اتممت علیکم نعمتی و رضیت لکم الاسلام دینا» (مائده، ۳) نازل گردید.

چنین نیست که شریعت اسلام ویژه‌ی گروه یا جماعت و یا دولت خاصی باشد بلکه برای تمام مردم اعم از عرب و عجم، شرقی و غربی، به رغم اختلاف سلیقه و عادت و آداب و رسوم و تاریخ در میان آنان، نازل گردیده است و آیین هر خانواده و قبیله، گروه و هر دولت است. عالی‌ترین آیینی است که دانشمندان حقوق عرفی توانسته‌اند آن را تصور کنند ولی نتوانسته‌اند آن را در عمل بیابند.

شریعت به صورت کامل و بدون هر نقصی نازل گشته است. برای هر حالتی حکم و جواب دارد، جامع است و هیچ حالتی از پاسخ و جواب آن خارج نیست، مانع است و دربرگیرنده‌ی احتیاجات افراد و جوامع و دولت‌هاست. این شریعت به احوال شخصیه و خرید و فروش‌ها و هر آنچه به اشخاص مربوط می‌شود می‌پردازد. به مسائل حکومتی، اداری و سیاسی و سایر اموری که به جامعه مربوط می‌شود پرداخته، هم‌چنان که روابط دولت‌ها را در زمان جنگ و صلح نیز از نظر دور نداشته است. شریعت برای عصر و دوران خاصی نازل نشده، بلکه برای هر عصر و دوره، تا زمانی که زمین در اختیار وارثانش قرار گیرد، نازل گشته است.

شریعت به‌گونه‌ای تنظیم یافته که تجدد و مرور زمان در آن تأثیر نمی‌گذارد و تغییر قواعد عمومی و پایه‌ای آن را اقتضا نمی‌کند. نصوص اسلام در کلیت و جامعیت به شکلی است که برای هر وضعیت جدید ـ هرچند پیش‌بینی‌ناپذیر ـ حکم و جواب دارد؛ و از این جهت است که برخلاف اصول حقوق عرفی، نصوص شریعت قابل تغییر و تبدیل نیستند.

فرق اساسی میان شریعت و قانون در این است که شریعت از جانب خداوند است که می‌فرماید: «لا تبدیل لکلمات الله» (یونس، ۶۴). او عالم به غیب است و می‌تواند مقرراتی را برای مردم وضع کند که به رغم مرور زمان، همیشه پاسخ‌گوی احتیاجات آنان باشد. اما قوانین را بشر وضع می‌کند، بنابر این در حدی خواهد بود که احتیاجات همان عصر را برآورده سازد و به همان میزان که بشر از شناخت آینده و غیب ناتوان است، نصوص قانونی وضع شده نیز از پاسخ‌گویی به هر آنچه به ذهن و عقل آنها نرسیده، ناتوان بوده و در نتیجه ناقص است.

شریعت از روز نزول، متضمن جدیدترین نظریه‌ها بوده حال آن که قوانین عرفی اخیراً به کشف آنها نایل شده است، با این که قانون پیش از شریعت اسلام وضع شده، باید گفت که شریعت از ابتدای نزول دربرگیرنده‌ی اصولی فراتر از آنچه قوانین عرفی هم اکنون به آن رسیده است، بوده و کافی است بدانیم آنچه را علمای حقوق امروزه آرزو می‌کنند از روز نخست در شریعت اسلام بوده است.

۱۷. نبود همانندی میان شریعت و قانون: اینک که منشأ قانون و شریعت بیان شد، به‌راستی می‌توان ادعا کرد که شریعت و قانون مثل هم نیستند و صحیح نیست که شریعت با قانون مقایسه شود و دیگر این که شریعت با قانون اختلاف ذاتی دارد و اگر ماهیت شریعت مثل قانون وضعی بود، هرگز به این شکل نازل نمی‌شد و الزاماً به صورت آیین ابتدایی نازل می‌گردید و همگام با تحول و رشد جامعه راه قانون را در پیش می‌گرفت، در این صورت ممکن نبود نظریه‌های جدید را که قوانین عرفی اخیراً به آنها دست یافته است با خود داشته باشد. بلکه اساساً، بعد از دست‌یابی قوانین عرفی به نظریه‌های مزبور و پس از گذشت هزاران سال، به آنها می‌رسید.

خواننده از بررسی و مطالعه‌ی "تاریخ قانون" و "تاریخ شریعت" می‌تواند تفاوت‌های متعدد میان شریعت و قانون و تمایزاتی که آن موارد را از هم‌دیگر جدا می‌کند، به دست آورد و اگر مایل باشد، تفاوت‌ها و تمایزات مزبور را یکایک احصا کند. نگارنده در سطور ذیل به بیان تفاوت‌های اساسی و تمایزات جوهری اکتفا و بسنده می‌کند، زیرا بررسی آنها ما را از ذکر جزئیات دیگر بی‌نیاز می‌کند.

۱۸. تفاوت‌های اساسی میان شریعت و قانون: شریعت اسلام با قوانین عرفی از سه جهت اختلاف اساسی و ریشه‌ای دارد:

جهت اول: قانون ساخته‌ی بشر و شریعت از جانب خداوند است و به صورت طبیعی،

اوصاف سازندگانشان در آنها تأثیر می‌گذارد، چون قانون محصول دست بشر است، درنتیجه نقص و ضعف و ناتوانی‌های بشر در قانون هم انعکاس می‌یابد؛ و از این رو قانون همگام با تکامل جامعه، دایماً در معرض تغییر و تبدیل، یا آنچه ما آن را تکامل می‌نامیم قرار دارد و این دگرگونی تا حد پیش‌بینی‌ناپذیر برای اوضاع و احوالی که تحقق آنها انتظار نمی‌رود، ادامه خواهد داشت. پس قانون دایماً ناقص است و تا زمانی که واضعان آن به کمال نرسیده‌اند ــ که کمال مطلق برای بشر مقدور نیست ــ ممکن نیست به حد کمال نایل آید، و قادر نخواهد بود آنچه را در آینده اتفاق می‌افتد در برگیرد؛ هرچند برای مسائل از پیش اتفاق افتاده جواب داشته باشد. اما، شریعت از جانب خداست، قدرت و کمال و عظمت و احاطه‌ی خداوند به گذشته و آینده در آن منعکس است، دانای آگاه آن را به شکلی ساخته است که پاسخ‌گوی مسائل حال و آینده باشد، زیرا علم صانع به هرچیز احاطه دارد و خداوند فرمان داده است تا تغییر و تبدیلی در آن صورت نگیرد: «لا تبدیل لکلمات الله» (یونس، ۶۴) زیرا در شریعت تغییر و تبدیل راه ندارد؛ هرچند مکان و زمان تغییر یابد و انسان متحول شود.

برای بعضی، ایمان به این سخن و پذیرش آن مشکل است زیرا آنان قبل از هر چیز، ایمان ندارند که شریعت اسلام از طرف خداوند است. با این قبیل افراد همین قدر اهتمام ورزیده‌ام که آنان بپذیرند اوصافی که ذکر کرده‌ام در شریعت وجود دارد و دلایل آن را ارائه داده‌ام، و از این به بعد به عهده‌ی آنهاست که اگر مایل باشند بررسی کنند که چرا این اوصاف فقط در شریعت اسلام وجود دارد و در آیین‌های دیگر یافت نمی‌شود؟ و اگر بخواهند درباره‌ی واضع آن نیز مطالعه کنند، از نویسنده باید این توقع را داشته باشند که در هنگام بحث از وجوه امتیاز شریعت، بر آنها دلیل ارائه کند؛ هرچند هر فصلی از فصول این کتاب، دلیل ادعای من است.

اما برای کسانی که قبول دارند شریعت از جانب خداوند نازل گردیده است مشکل نیست که بپذیرند اوصاف مزبور در شریعت وجود دارد؛ هرچند دلیل مادی آن را پیش رو نداشته باشند، زیرا منطق اعتقادی آنها، ایمان به اوصاف یاد شده در شریعت را اقتضا می‌کند. کسی که ایمان دارد خداوند آسمان‌ها و زمین را آفریده و خورشید و ماه و ستارگان را در فضا شناور ساخته و کوه‌ها و بادها و آب را مسخر انسان کرده و برای هر مخلوقی اعم از حیوان و نبات و جماد، نظم جاویدانی بخشیده است که خروج از آن ممکن نیست و به تغییر و تبدیل و تکامل احتیاج ندارد. کسی که ایمان دارد، خداوند قوانین ثابت و سازگار با طبیعت اشیا و حرکات و پیوستگی‌های آن وضع کرده و این که قوانین فطری مزبور در حدی از کمال و شایستگی است که بشر قادر به تصور آن نیست، و نیز به امور مزبور اعتقاد دارد و می‌داند که خداوند در آفرینش هر چیز اتقان کامل را به کار برده است، به طریق اولیٰ ایمان خواهد

داشت که خداوند شریعت اسلام را برای تنظیم امور افراد و جامعه و دولت‌ها و تحکیم دادوستد میان آنان به صورت قانون ثابت و کامل وضع کرده است. هم‌چنین خواهد پذیرفت که شریعت در حدی از کمال و شایستگی است که عقل بشر از تصور آن ناتوان است.

با این همه، افراد مؤمن نیز چنانچه برای اطمینان قلب مایل باشند دلیل ادعای ما را ببینند باید هم‌راه با گروه اوّل در انتظار باشند تا در جای خود آن را مطالعه کنند و شاید در جای‌جای این کتاب چیزی را مشاهده کنند که به یاری خداوند جان و دل آنها را آرامش بدهد.

جهت دوم: قانون عبارت است از قواعد و مقررات موقتی؛ که جماعتی از مردم برای تنظیم امور و رفع احتیاجات خود وضع می‌کنند. پس قواعد مزبور یا یک مرحله از طرز تفکر مردمی که هم اکنون در جامعه زندگی می‌کنند، عقب‌مانده‌تر و یا با شیوه‌ی فکری آنها هم‌طراز است ولی با طرز تفکر مردم فردا یکسان نیست، زیرا قوانین با سرعت تکامل رشد فکری مردم، تغییر نمی‌یابند. پس قانون عبارت است از قواعد و مقررات موقتی که با اوضاع و احوال واضعان خود سازگار است و هر زمان که نیازهای جامعه عوض شود، باید تغییر یابد. اما شریعت عبارت است از قواعدی که از جانب خداوند و برای همیشه جهت تنظیم امور مردم وضع گردیده است. به این ترتیب، شریعت، در هدف‌گذاری که عبارت است از تنظیم امور مردم، با قانون یکسان و تفاوت در این است که قواعد شریعت، جاودانی است و تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد. این وجه امتیاز شریعت نسبت به قانون، از نظر منطقی ایجاب می‌کند که

اولاً ـ قواعد و نصوص شریعت باید از حیث انعطاف‌پذیری و فراگیری در حدی باشد که پاسخ‌گوی تمام احتیاجات مردم باشد؛ هرچند زمان‌های طولانی بگذرد، و مردم متحول شوند و نیازمندی‌ها متعدد و متنوع باشد.

ثانیاً ـ باید این قواعد در حدی از تعالی و ترقی باشد که هیچ‌گاه از سطح فکر مردم جامعه عقب نماند.

واقعیت این است که دو نتیجه‌ی منطقی در شریعت اسلام ملاحظه می‌شود. این ویژگی‌ها از بااهمیت‌ترین تمایزاتی به حساب می‌آید که اسلام را از سایر ادیان الهی و قوانین عرفی جدا می‌کند. قواعد شریعت اسلام از حیث انعطاف‌پذیری و جهان‌شمولی در والاترین مرتبه قرار دارد، هم‌چنان که از نظر مترقی‌بودن نیز در درجه‌ای قرار دارد که بعد از آن، درجه‌ی رشد و ترقی دیگری متصور نیست.

بیش از ۱۳ قرن از پیدایش اسلام می‌گذرد. در طی این زمان، اوضاع و احوال متعددی به

وجود آمده و افکار و اندیشه‌های بشر تحول بزرگی یافته است. انسان به دانش و اختراعاتی دست یافته است که قبلاً به اندیشه‌ی کسی خطور نمی‌کرد. قواعد حاکم بر قانون وضعی نیز برای آن که با حالات تازه و امکانات جدید سازگار باشد، چندین بار دگرگون شده است، و این دگرگونی در حدی است که امروزه هیچ اتصال و علقه‌ای میان قواعد حاکم بر قوانین موضوعه‌ی کنونی با قواعد حاکم بر قوانین موجود در هنگام نزول شریعت اسلام، وجود ندارد. به رغم این‌ها، و با آن که شریعت اسلام تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد، قواعد و اصول آن از سطح فکری مردم جوامع بالاتر، و برای تنظیم امور و رفع احتیاجات آنان کاراتر و به خواسته‌ها و تمایلات مردم نزدیک‌تر، و در حفظ امنیت و آرامش آنان کارآمدتر بوده است.

شهادت شگفت‌انگیز تاریخ بر این موضوع گواه روشنی است ولی شگفت‌انگیزتر از شهادت تاریخ، گواهی نصوص اسلام و زبان گویای آنهاست، به عنوان مثال، قول خداوند: «و امرهم شوری بینهم» (شوری، ۳۸) و یا فرمایش پیامبر «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» را مورد توجه قرار می‌دهیم. این نصوص در حدی از کلیت و انعطاف‌پذیری هستند که بالاتر از آن، کلیت و انعطاف‌پذیری و تسهیل، متصور نیست؛ دو اصل یاد شده بر آن است که "شورا" اساس حکومت است، به نحوی که به نظم عمومی و مصالح اشخاص و جامعه ضرر نرساند. با اعلام اصل شورا به شکل مزبور، شریعت اسلام، به منتهی درجه از تعالی و رشد، که بشر در هیچ دوره‌ای به آن دست نخواهد یافت، دست می‌یابد. زیرا مردم را مکلف می‌سازد که امور خود را به "شورا" اداره کنند و به شکلی که هیچ‌گونه "ضرر و ضراری" رخ ندهد و بعید است که چنین وضعی میان مردم اتفاق افتد.

اگر نصوص شریعت را جستجو کنیم، آنها را در کلیت و انعطاف‌پذیری و تعالی مانند دو قاعده‌ی فوق خواهیم یافت، و در هر متنی که مراجعه کنیم به راحتی این وجوه تمایز را خواهیم دید. به این ترتیب تمام این متون بر ادعای ما گواه هستند، مثلاً کافی است که خواننده این قول خداوند را بخواند که «خلق را به حکمت و برهان و موعظه‌ی نیکو به راه خدا دعوت کن و با بهترین طریق با اهل جدل مناظره کن» (نحل، ۱۲۵) ساختار این آیه نشان می‌دهد از حیث کلیت و انعطاف‌پذیری در اوج است و ممکن نیست عقل بشر برای صاحبان فکر در نشر اندیشه‌ها و دعوت‌های خود، راه دیگری را تصور نماید که بهتر از راه دعوت بنابر حکمت و برهان و موعظه و جدال احسن باشد.

آیات «ولا تَزِرُ وازرةٌ وِزرَ أُخرىٰ» (فاطر، ۱۸) و «لا یکلف الله نفساً الا وسعها» (بقره، ۲۸۶) و «همانا خدا خلق را فرمان به عدل و احسان می‌دهد و به بذل و عطا به خویشاوندان امر و از کارهای زشت و ظلم نهی می‌کند» (نحل، ۹۰) و «خدا به شما امر می‌کند که البته امانت را بر صاحبان آن باز دهید و چون میان مردم حکم کنید به عدالت داوری کنید» (نساء،

۵۸) و «... و البته شما را نباید عداوت گروهی بر آن بدارد که از طریق عدل بیرون روید. عدالت کنید که عدل به تقوا نزدیک‌تر است» (مائده، ۸) و «ای اهل ایمان نگهدار عدالت باشید و برای خدا شهادت دهید، هرچند به ضرر خود یا پدر و مادر و خویشان شما باشد» (نساء، ۱۳۵) و آیات دیگر هر خواننده‌ای را متوجه می‌سازد که چگونه از حیث جامعیت و انعطاف‌پذیری در عالی‌ترین سطح هستند و اصول مورد اشاره‌ی این آیات در درجه‌ای از رشد و ترقی قرار دارند که بالاتر از آن در خیال کسی نگنجد.

جهت سوم: این مردم هستند که قانون را وضع می‌کنند و به آن رنگ و صبغه‌ی عادات ومعتقدات و تاریخ خود را می‌زنند؛ اصل این است که قانون برای تنظیم امور جامعه وضع می‌شود و نه برای راه‌نمایی آن، و از این رو قانون همیشه در پی جامعه و به تبع تحول آن است، و سرانجام، قانون مخلوق جامعه است، نه جامعه مخلوق آن.

از روز پیدایش قانون، تبعیت قانون از جامعه یک اصل بوده است. این اصل، در قرن کنونی و به صورت محدود پس از جنگ جهانی اول، تعدیل شده است، زیرا، دولت‌هایی که پیام‌های تازه داشتند و در پی ایجاد سیستم‌های جدید حکومتی بودند، قانون را برای راه‌نمایی ملت‌ها و جهات معینی به استخدام خود گرفتند، هم‌چنان که برای تعقیب اهداف معینی نیز، از قانون استفاده کردند. از پیش‌تازترین دولت‌ها در این زمینه می‌توان، روسیه‌ی شوروی و ترکیه‌ی کمال آتاتورک و در نهایت ایتالیای فاشیستی و آلمان نازی را نام برد! بعدها، دولت‌های دیگر نیز، این شیوه را اتخاد کردند؛ به نحوی که امروزه غرض از وضع قانون، تنظیم امور جامعه و راه‌نمایی و سوق دادن آن به سوی اهدافی است که اولیای امور تحقق آنها را به صلاح ملت خود می‌دانند.

تا اینجا دانستیم که شریعت اسلام، ساخته‌ی اندیشه‌ی بشر نیست؛ و همانند قوانین وضعی در نتیجه‌ی تحول جامعه و دگرگونی آن به وجود نیامده است بلکه ساخته‌ی خداوند سبحان است که در آفرینش هر چیزی اتقان کامل را به کار برده است.

نه تنها شریعت محصول دست و اندیشه‌ی جامعه‌ی بشری نیست، بلکه جامعه نیز از دست‌پرورده‌های شریعت به شمار می‌آید، زیرا اصل این است که شریعت هم‌چون قانون عرفی فقط برای تنظیم امور جامعه به وجود نیامده بلکه قبل از هر چیز مقصود شریعت، پرورش افراد شایسته و جامعه‌ی سالم و ایجاد دولت و جهان نمونه و متعالی است و از این جهت است که نصوص شرعی در زمان نزول، از سطح فکری جهان آن روز فراتر و بالاتر و تا امروز نیز چنین بوده است. در آن اصول، نظریاتی آورده شده که دنیای غیراسلامی پس از گذشت قرون متمادی به آنها دست یافته و به آنها شناخت حاصل کرده است. به این سبب

است که خداوند خود، شریعت را وضع کرد و آن را بر رسول گرامی‌اش که نمونه‌ای از کمال بود فرو فرستاد تا مردم را به سوی فضیلت‌ها و اطاعت از خداوند فراخواند و آنان را به جاده‌ی ترقی وکمال رهنمون باشد؛ تا در جهت کمال به سطح شریعت برسند؛ یا به آن نزدیک شوند. اگر به دیده‌ی انصاف بنگریم به روشنی خواهیم دید، آنچه را خداوند دانای آگاه اراده کرده بود، شریعت اسلام به حقیقت رسانید و رسالت خود را به بهترین وجه ادا کرد. شترچرانان را به حکومت دنیا رسانید و نادانان بادیه‌نشین را معلم و هادی انسانیت ساخت.

شریعت اسلام وظیفه‌ی خود را تا زمانی انجام داد که مسلمانان به آن پای‌بند بودند و به احکامش عمل می‌کردند. مسلمانان اولیه به اسلام تمسک داشتند و به آن عمل کردند، در حالی که گروه اندک و ناتوانی بودند و می‌ترسیدند دیگران آنان را نابود کنند؛ تا این که در دهمین سال به سیادت جهان و رهبری بشریت دست یافتند، صدایی جز صدای مسلمانان شنیده نمی‌شد، هیچ سخنی بالاتر از کلام آنان نبود. چیزی آنها را به این وضع که شبیه معجزه بود نرسانید جز شریعت اسلام که در آغوش آن دانش و ادب آموخته، جان تازه یافته و شعور و بینش پاکیزه پیدا کرده بودند. شریعت مقدس اسلام به آنان عزت و کرامت را بخشید و مساوات کامل و عدالت مطلقه داد و بر آنان واجب ساخته بود که در احسان و تقوا هم‌دیگر را یاری کنند، از دشمنی و گناه بپرهیزند و عقل‌ها و جان‌هایشان را از آتش جهل و شهوت برهانند. کاری کرده بود که باور کنند آنان بهترین مردم هستند که برای امر به معروف و نهی از منکر و دعوت مردم به ایمان به خداوند مأمور گشته‌اند.

حال و روزگار مسلمانان تا زمانی که به شریعت عمل می‌کردند چنین بود، و زمانی که از اسلام دست کشیدند و احکام آن را تعطیل کردند، پیش‌رفت و ترقی هم از آنان دست کشید؛ و به قهقرا و جهالتی برگشتند که در آن سرگردانند و مجدداً ضعیف و برده شدند، که نه قادر به دفاع در برابر متجاوزگرانند و نه به جلوگیری از ستم ظالمی توانا. این وهم را بر مسلمین تحمیل کرده‌اند و آنان در این جهل کماکان غوطه‌ورند که پیش‌رفت اروپاییان به سبب قوانین و نظام‌های حکومتی آنان است، این سخن را در هرجا بر زبان می‌رانند و بر این سیاق حرکت می‌کنند و نتیجه‌اش جز افزودن بیش از پیش گم‌راهی و جهل و ناتوانی چیزی نیست؛ بلکه حتی این گمان باطل، مسلمین را به صورت گروه‌ها و احزاب متعدد درآورده است که هر حزبی، فقط به آنچه خود دارد دل خوش است، «کل حزب بمالدیهم فرحون» (مؤمنون، ۵۳) به ظاهر وحدت و قدرت دارند ولی از دل‌های پراکنده و متفرق بهره‌مندند.

اگر اراده‌ی خیر خداوند شامل حال مسلمین گردد، خواهند دانست که شریعت اسلام که

به صورت کامل و بدون هیچ نقصی نازل گردیده است و در ذات خود اسباب پیش‌رفت و تکامل دایمی جامعه‌ی بشری را هم‌راه دارد، برای قرون ماضیه و آتی شایسته‌ترین آیین‌هاست. زیرا در هر حال بشریت را به سوی تکوین جامعه‌ی صالح سوق می‌دهد و هدایت و راه‌نمایی وی را به سوی پیش‌رفت دایمی و تکامل ایده‌آل، عهده‌دار می‌گردد، و در این مسیر، به کمتر از کمال تام و تمام قانع نیست.

تاریخ مسلمین نشانه‌ی این امر و برای هر صاحب‌دلی مایه‌ی عبرت است و دلیل قاطعی است بر این که، شریعت اسلام بود که مسلمانان را حیات بخشید، آنان را بر سایر ملت‌ها برتری داد و رهبری جامعه‌ی بشری را به دست وی سپرد، و بر دولت‌های جهان آن‌روز مسلط کرد. هم‌چنین دلیل قاطعی است بر این که زندگی شرافتمندانه‌ی مسلمانان و پیش‌تازی و ترقی آنها مدیون عمل به احکام شریعت و انطباق امور با آنست. پس مسلمانان دست‌پرورده و محصول شریعت هستند، هستی و وجود آنان تابعی است از هستی شریعت و مرتبط به وجود آن، و سروری و سیادت آنان تابعی است از سیادت و چیرگی شریعت.

نگارنده مایل است پیش از شروع به موضوع دیگر، این نکته را برای خواننده‌ی گرامی یادآور شود که اگر اخیراً در قانون وضعی، عدول از اصل اوّل دیده می‌شود و امروزه برای راه‌نمایی جامعه و هدایت آن به سوی اغراض معینی وضع می‌گردد، این ویژگی را از حقوق اسلام اتخاذ کرده است که در امر قانون‌گذاری، هدایت و ساختن جامعه و سپس تنظیم آن را اصل می‌شمارد. به این ترتیب در قانون وضعی در نهایت، شیوه‌ای اتخاذ می‌شود که شریعت در آغاز انتخاب کرده و از ۱۳ قرن قبل نسبت به قانون وضعی، پیشی جسته است. پس وقتی علمای حقوق عرفی می‌گویند: به نظریه‌ی جدید دست یافته‌ایم! به آنان می‌گوییم: چنین نیست، شما شیوه و راه حقوق اسلام را می‌پیمایید و قدم به جای پای آن می‌گذارید.

۱۹. اوصاف ذاتی جداکننده‌ی شریعت از قانون: پس از بیان تفاوت‌های اساسی میان شریعت و قانون، اینک نوبت آن است که به ویژگی‌ها و اوصاف خاصی که مرز میان شریعت و قانون را بیان می‌کند پرداخته شود. زیرا در هر موردی که بین قوانین عرفی با شریعت اختلاف دیده می‌شود، همان مورد، سبب جدایی شریعت از قانون می‌شود. به این ترتیب از خلاصه‌ی آنچه درباره‌ی تفاوت‌های موجود گفته شد، می‌توان گفت که، شریعت اسلام با اوصاف سه‌گانه‌ی ذیل از قوانین وضعی ممتاز می‌گردد:

صفت اوّل ـ کامل بودن: شریعت اسلام با صفت کامل بودن از قوانین وضعی ممتاز می‌گردد، به عبارت دیگر، شریعت اسلام آنچه را یک قانون کامل از حیث قواعد و اصول و

نظریه‌ها احتیاج دارد، به صورت کامل دارا می‌باشد و سرشار از اصول و فرضیه هایی است که پاسخ‌گوی احتیاجات جامعه‌ی بشری در آینده‌ی نزدیک و دور است.

صفت دوم ـ مترقی بودن: امتیاز دیگر شریعت بر قوانین وضعی، مترقی بودن آن است به عبارت دیگر، قواعد و اصول آن همیشه از سطح فکر جامعه‌ی بشری بالاتر بوده و از خاصیتی برخوردار است که هر اندازه که سطح فکر مردم بالا رود، تفوق و برتری خود را حفظ می‌کنند.

صفت سوم ـ دایمی بودن: ویژگی دیگر شریعت اسلام دایمی بودن آن است به عبارت دیگر، همیشه ثابت و برقرار بوده است و به رغم مضی سالیان و گذشت روزگاران، اصول آن تغییر و دگرگونی نمی‌پذیرد. با این همه، کماکان شایستگی و صلاحیت خود را برای اداره‌ی جامعه در هر زمان و مکانی حفظ می‌کند.

این‌ها اوضاف ذاتی شریعت اسلام است. اوصاف یاد شده به رغم تعدد و تفاوت، به اصلی واحد برمی‌گردند و هر یک، از آثار آن اصل به حساب می‌آیند. اصل مزبور این است که شریعت از جانب خدا و محصول اراده‌ی اوست و اگر چنین نبود، اوصاف یاد شده امکان نداشت در شریعت یافت شوند؛ صفاتی که همیشه در مخلوق خداوند موجود است ولی درمحصول و ساخته‌ی مخلوق، امکان موجودیت ندارد.

۲۰. دلایل وجود این اوصاف در شریعت: وقتی گفته می‌شود که شریعت با اوصاف کمال و دایمی و مترقی‌بودن از قوانین وضعی ممتاز می‌گردد، بر مدعی است که دلایل خود را ارائه دهد، به زودی برای خواننده معلوم خواهد شد که اوصاف مزبور در هر اصل، نظریه، قاعده و قانونی که شریعت اسلام ارائه داده، موجود است. در ذیل، برخی از نظریه‌ها و اصول شرعی که تمام اوصاف یاد شده در آنها وجود دارد، و قوانین عرفی تا این اواخر با آنها بیگانه بوده است و بعداً هم آنها را نخواهد شناخت، بررسی می‌شود. خواننده خواهد دید که کلیه‌ی ویژگی‌های مورد بحث، در هر یک از اصول و فرضیه‌هایی که در این کتاب مطالعه و بررسی شده‌اند، برقرار است. بنابر این، دلیل وجود این اوصاف، واقعیت خدشه‌ناپذیر است و چیزی که واقعیت دارد نیازمند اقامه‌ی دلیل و استدلال نمی‌باشد.

۲۱. نظریه‌ی مساوات = برابری: شریعت اسلام از روز نخست پیدایش، در آیات صریحی از قرآن کریم، نظریه‌ی مساوات را اعلام و آن را یکی از واجبات به حساب آورده است. قرآن کریم در این آیه نظریه‌ی مزبور را اعلام و رعایت آن را برای همه‌ی مردم واجب می‌سازد: «ای مردم ما شما را از مرد و زنی آفریدیم و آن گاه شعبه‌های زیاد و فرق مختلف گردانیدیم

تا هم‌دیگر را بشناسید، همانا بزرگوارترین شما نزد خدا با تقواترین شما است» (حجرات، ۱۳). و رسول گرامی اسلام این معنی را مکرر بیان فرموده است: «مردم مانند دندانه‌های شانه برابرند هیچ عربی بر عجم برتری ندارد مگر در اثر تقوا» سپس این مفهوم را در بیان دیگری تاکید می‌کند که: «همانا خداوند غرور و نخوت جاهلی و تفاخر مردم به نیاکان را با اسلام ازمیان برداشت، زیرا مردم از صلب آدم هستند و آدم از خاک آفریده شده است و گرامی‌ترین مردم نزد خداوند باتقواترین آنهاست».

ملاحظه می‌شود که عبارت‌های یاد شده "اصل برابری" را به صورت مطلق و بدون هیچ قید و استثنایی درباره‌ی همه‌ی مردم لازم‌الرعایه می‌داند. هیچ فردی بر فرد دیگر، گروهی بر گروه دیگر، جنسی بر جنس دیگر، رنگی بر رنگ دیگر و سید بر مولی و حاکم بر محکوم برتری ندارد.

بنابر آیه‌ی قرآن، مردم اعم از مرد و زن از یک اصل آفریده شده‌اند، وقتی همه، ریشه‌ی واحد دارند، تفاضل و برتری از میان می‌رود. درباره‌ی اصل مساوات، کلام پیامبر (ص) است که می‌فرماید: «مردم همگی از فرد واحدی به وجود آمده‌اند که از خاک آفریده شده است، پس مردم با هم‌دیگر مساوی هستند». در برابری، مردم را به دندانه‌های یک شانه تشبیه می‌کند و کسی ادعا نکرده است که یک دندانه باید بر دندانه‌ی دیگر برتری داشته باشد.

نظریه‌ی مساوات زمانی بر رسول اکرم (ص) نازل گردید که وی در میان گروهی زندگی می‌کرد که پایه و قوام زندگی آنان بر تفاضل و برتری استوار بود. آنان با مال و ثروت و اشرافیت و رنگ بر دیگران فضل می‌فروختند و به پدران و مادران و قبایل و جنس خود فخر می‌کردند. حیات اجتماعی و سطح احتیاجات مردم، اقتضای طرح و بیان نظریه‌ی مساوات را نداشت، ولی از دو جنبه ضروری بود که اصل مساوات اعلام شود، اوّل: رشد فکری جامعه و سوق یافتن آن به سوی ترقی و پیش‌رفت؛ دوم: کامل و دایمی بودن شریعت که اقتضا می‌کرد چنین اصولی پذیرفته شود.

جای تردید نیست که نصوص مورد بحث در نسبت با اصل برابری برای فراگیری و انعطاف‌پذیری درسطح بالایی قرار دارند. هم‌سو و هم‌زمان با نوع تغییر و تحول در زمان، مکان و افراد، مفاهیم یاد شده، وضع جدید را نیز شامل خواهد شد. علت برخورداری اصول شرعی از این خصیصه در این است که شریعت تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد و بنابر این لازم است که احکام و اصول آن به شکلی باشد که تغییر و دگرگونی در آن راه نیابد.

در شریعت اسلام، اصل برابری از سیزده قرن پیش شناخته شده است. درحالی که این

اصل در قوانین وضعی در اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن نوزده شناخته شد. به این ترتیب اسلام در پذیرش "اصل برابری" ۱۳ قرن از قوانین عرفی پیش‌تاز بوده است و اگر در قوانین وضعی اصل مساوات پذیرفته شده است، بحث تازه‌ای در آن نیامده، بلکه در اثر شریعت و هدایت آن به سمت این اصل حرکت کرده‌اند. بعدها خواننده خواهد دید که در قوانین وضعی در حد محدودی اصل مساوات پذیرفته شده است و حال آن که اسلام در حد نامحدودی آن را قبول کرده است.[۱]

۲۲. نظریه‌ی برابری مرد و زن: این نظریه یکی از شعبات و فروع اصل عمومی مساوات یا از مصادیق آن است و نگارنده ترجیح داد که به دلیل اهمیت آن، مستقلاً به بحث گذارده شود، زیرا این نظریه دلیل روشنی است بر وجود عدالت در شریعت، و مترقی و حکیمانه بودن آن در وضع حقوق و تقسیم واجبات، و این که شارع مقدس، اصول کلی را نه فقط به سبب وجود ارگانیکی و فیزیکی، بلکه برای آن که نفعی حاصل آید یا ضرری دفع گردد، وضع می‌کند.

قاعده‌ی کلی در شریعت اسلام این است که زن با مرد در حقوق و واجبات برابر است و از حقوق و تکالیف یکسانی برخوردارند. «فلها مثل ماله و علیها مثل ما علیه» زن در مقابل مرد همان الزاماتی را دارد که مرد در مقابل او دارا است. او هر حقی بر عهده‌ی مرد دارد همان را متقابلاً در برابر مرد عهده‌دار است و بالعکس. و این همان قول خداوند است که «و لهن مثل‌الذی علیهن بالمعروف» (بقره، ۲۲۸).

اما با آن که شریعت میان زن و مرد قایل به برابری است، مرد را در یک صفت نسبت به زن برتر می‌داند. خداوند می‌فرماید: «و للرجال علیهن درجة» (مردان را به زنان افزونی و برتری خواهد بود) (بقره، ۲۲۸) حدود این برتری یا درجه را که ویژه‌ی مردان است، قرآن کریم این‌گونه بیان می‌کند: «الرجال قوامون علی‌النساء بما فضل‌الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم» (مردان را بر زنان تسلط و حق نگهبانی است به واسطه‌ی آن برتری که خدا بعضی را بر بعضی مقرر داشته و هم به واسطه‌ی آن که مردان از مال خود به زنان نفقه دهند) (نساء، ۳۴). و توضیح می‌دهد که این درجه عبارت است از ریاست مرد در اداره‌ی امور مشترک.

جای تردید نیست، مرد، که شرعاً مکلف به انفاق زن و تربیت اولاد و مسئول اوّل

---

۱. مراجعه شود به فصل اجرای قانون درباره‌ی اشخاص که در آن از اصل مساوات به تفصیل سخن گفته شده است.

خانواده است، برای ریاست در اداره‌ی امور زندگی مشترک شایسته‌تر است. زیرا مسئولیت وی در قبال این امور ایجاب می‌کند که آخرین سخن را او بگوید.

پس تسلط مرد در قبال مسئولیتی است که به وی تحمیل گردیده تا مسئولیت‌های خود را به بهترین وجه انجام دهد و این موضوع مصداق دقیقی از قاعده‌ی کلی شرعی است که بنابر آن، "تسلط در مقابل مسئولیت است" این قاعده از آن رو در شریعت پذیرفته شده که وابستگی صاحبان اقتدار نسبت به زیردستان تحکیم و حدود تسلط و مسئولیت آنان مشخص گردد. این کلام از پیامبر (ص) که «کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیته» مقرر می‌دارد: امام چوپان است و در مقابل ملت مسئول، و مرد، چوپان خانواده‌ی خویش است و در مقابل آنان مسئول، زن نیز چوپان خانه‌ی زوج است و در مقابل اعضای خانواده مسئول.

چنین نیست که برتری مرد به زن در اداره‌ی زندگی مشترک، در امور اختصاصی هم حاکم باشد و در این موارد، مرد هیچ تسلطی به زن ندارد، مثلاً زن می‌تواند تملیک و تملک کند یا در مایملک خود تصرف نماید و مرد، اعم از آن که زوج یا پدر باشد، حق ندارد نسبت به وی اشراف داشته یا در کارهای او دخالت کند.

شریعت اسلام از هنگام نزول، یعنی از ۱۳ قرن قبل میان زن و مرد این برابری را پذیرفته است، دورانی که جهان آمادگی پذیرش تساوی زن و مرد در حقوق و واجبات را نداشت و چنین نبود که احتیاج جامعه ایجاب کند تا شریعت این برابری را اعلام دارد؛ بلکه چون شریعت یک آیین کامل و دایمی بود اقتضا می‌کرد آن اصل را بپذیرد.

وقتی می‌توانیم درجه‌ی ترقی و تعالی شریعت اسلام در قبول و اعلام برابری میان زن و مرد را بشناسیم که بدانیم این تساوی فقط در قرن ۱۹ در قوانین وضعی به رسمیت شناخته شد؛ حتی برخی از این قوانین، امروز هم زنان را بدون اجازه‌ی شوهرانشان از دخالت در امور شخصی منع می‌کند.

به آسانی برای ما مقدور است که گستردگی و انعطاف‌پذیری نصوص شرعی را در این زمینه بفهمیم و بدانیم که در هیچ حالتی، از پاسخ‌گویی به نیاز مطروحه ناتوان نخواهند بود و اگر این نکته و وصف را به صفات کمال و مترقی بودن آن نصوص بیفزاییم، منطقی است که ادعا شود: از آنجا که اصول شریعت چون به تغییر و تبدیل نیاز ندارند، دگرگونی و تغییر هم نمی‌پذیرند.

۲۳. اصل آزادی: از اصول اساسی و پایه‌ای شریعت اسلام، اصل حرّیت است. شریعت این اصل را اعلان و در شگفت‌انگیزترین نمونه‌ها بیان کرده و آزادی فکر و بیان و عقیده را به رسمیت شناخته است. این آزادی‌ها یکی بعد از دیگری مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲۴. آزادی فکر: شریعت اسلام آزادی فکر را اعلان کرده و عقل بشری را از کلیه‌ی اوهام و خرافات و تقلیدهای کورکورانه و عادت‌های غلط رهانیده و به حذف و طرد آنچه مقبول عقل نیست، دعوت کرده است. درباره‌ی هر چیزی به تفکر و تعقل تشویق کرده که در صورت پذیرش عقل، شایسته‌ی قبول و ایمان و چنانچه مقبول عقل نباشد، آن را مردود اعلام کرده است. شریعت اجازه نمی‌دهد که شخص به چیزی بدون اندیشه و تعقل ایمان بیاورد و انسان را مجاز نمی‌داند که بدون عمل و تفکر و تعقل سخنی بگوید یا عملی را انجام دهد.

پیام اسلام، بر اساس عقل اقامه گردیده است. قرآن در اثبات خداوند به عقل تکیه و در پذیرش اسلام نیز بر عقل اعتماد می‌کند و در ایمان به خداوند و رسول و کتاب او نیز بر عقل تکیه دارد. در تمام این امور منظور اساسی این است که قدرت تفکر مردم برانگیخته شود و عقل آنان بیدار گردد. اسلام مردم را به شیوه‌های متفاوت دعوت می‌کند تا در آفرینش آسمان‌ها و زمین و در آفرینش خود و سایر مخلوقات بیندیشند و نیز در آنچه می‌بینند و در آنچه می شنوند تفکر کنند؛ تا در نتیجه‌ی این همه به شناخت خداوند دست یابند و میان حق و باطل تمیز دهند.

آیات قرآن که بشر را به استفاده از عقل و آزادی فکر دعوت می‌کنند از حیث کثرت به شمارش در نمی‌آیند، از آن جمله است: «محققاً در خلقت آسمان‌ها و زمین و رفت‌وآمد شب‌وروز و کشتی‌ها که برای انتفاع خلق بر آب در حرکت است و بارانی که خدا از بالا فرو فرستاده تا به آن آب، زمین را بعد از مردن زنده کرد و سبز و خرم گردانید و در برانگیختن انواع حیوانات در آن و در وزیدن بادها به هر طرف و در خلقت ابر که میان زمین و آسمان مسخر است و در همه‌ی این امور عالم، برای عاقلان ادله‌ای واضح بر علم و قدرت آفریننده است» (بقره، ۱۶۴)؛ یا این آیه که می‌فرماید: «بگو به یک سخن شما را پند می‌دهم و آن سخن این است که شما خالص برای خدا دو نفر، دو نفر با هم، یا هر یک تنها قیام کنید و سپس بیندیشید» (سبأ، ۴۶) و «آیا در پیش نفوس خود تفکر نکردند که خدا آسمان‌ها و زمین و هرچه در بین آنهاست همه را جز به حق و به وقت و حد معین نیافریده است» (روم، ۸) و «آیا در خلقت شتر نمی‌نگرند که چگونه خلق شده است و به آسمان که چگونه افراشته شده و به کوه‌ها که چگونه بر زمین نهاده شده و به زمین که چگونه گسترده شده، نمی‌نگرند» (غاشیه، ۱۷ الی ۲۰) و یا «همانا در این هلاک گذشتگان پند و تذکر است آن را که دارای قلب هوشیاری باشد، یاگوش دل به کلام خدا دهد و به حقایق توجه کامل کند» (ق، ۳۷) و «بر این امر تنها خردمندان آگاه‌اند» (آل عمران، ۷).

قرآن نمی‌پسندد که مردم عقل خود را به کار نیندازند و تفکر خود را از دست بدهند، از

دیگران تقلید کنند و به اوهام و خرافات ایمان بیاورند و به عادات و رسوم تمسک ورزند بدون آن که فکر کنند چرا آن عادت را رها کردند؛ یا این عادت را پذیرفتند. این امور را بر مردم ممنوع می‌داند و افراد این چنین را به مثابه‌ی چهارپایان بلکه گم‌راه‌تر از آنها محسوب می‌دارد. زیرا بدون فکر از دیگران پیروی می‌کنند و در آنچه عمل می‌کنند یا می‌گویند و یا می‌شنوند، عقل خود را حاکم نمی‌سازند. دیگر آن که عقل یگانه صفتی است که خداوند با آن، انسان را از سایر مخلوقات جدا کرده است و اگر انسان عقل خود را به کار نبندد و از تفکر دست بردارد، با حیوانات برابر گشته بلکه گم‌راه‌تر هم خواهد شد.

آیات قرآن در این زمینه صراحت دارند از آن جمله «و چون به آنان گفته شود از شریعت و کتابی که خدا فرستاده پیروی کنید، پاسخ دهند که ما پیرو کیش پدران خود خواهیم بود، آیا بایست آنها تابع پدران باشند در صورتی که بی‌عقل و نادان بوده هرگز به حق و راستی هدایت نیافته‌اند» (بقره، ۱۷۰) و «مثل کافران در شنیدن سخن انبیا و درک نکردن معنای آن چون حیوانی است که آوازش کنند که از آن آواز معنایی درک نکرده جز صدایی نشنوند، کر و لال و کورند زیرا عقل خود را در کار نمی‌بندند» (بقره، ۱۷۱) و «آیا در زمین به سر نمی‌برند و سیر نمی‌کنند تا دل‌هاشان بینش و هوش یابد و گوششان شنوا گردد، آنان را چشم سر گرچه کور نیست لیکن چشم باطن و دیده‌ی دل‌ها کور است» (حج، ۴۶) و «محققاً از انس و جن بسیاری را برای جهنم واگذاریم، چه آن که آنان را دل‌هایی است بی‌ادراک و معرفت و چشم‌هایی است بی‌نور بصیرت و گوش‌هایی است ناشنوای حقیقت آنها مانند چهارپایانند بلکه بسی گم‌راه‌ترند و گروهی غافل و بی‌خبرانند» (اعراف، ۱۷۹).

انسان حق دارد درباره‌ی هر آنچه مایل باشد بیندیشد و بنابر این تفکر از هر تعرضی مصون است؛ حتی اگر اندیشه‌اش را در ارتکاب کارهای حرام به کار وادارد زیرا شریعت اسلام، انسان را مابازاء آنچه در درونش می‌گذرد و درباره‌ی آن اعم از سخن و عمل حرام می‌اندیشد، مورد مؤاخذه و عقاب قرار نمی‌دهد و مجازات و مؤاخذه فقط در مقابل عمل حرام و یا گفتن سخن حرام مقرر گردیده است. پیامبر (ص) می‌فرماید: «خداوند از آنچه امت من در دل وسوسه می‌شوند تا زمانی که آن را عملی نساخته و سخن ناصوابی را بر زبان نیاورده‌اند، گذشته است».

۲۵. آزادی عقیده: شریعت اسلام اولین مذهبی است که آزادی عقیده را جایز شمرده و در حفظ این آزادی و حمایت از آن تا درجه‌ی نهایی کوشیده است. براساس شریعت هر کسی آزاد است که هر نوع عقیده‌ای را مایل است بپذیرد و کسی حق ندارد عقیده‌اش را بر دیگری تحمیل کند یا از بیان عقیده‌اش باز دارد.

اسلام به اعلام آزادی عقیده بسنده نکرده بلکه در حمایت از این آزادی دو روش زیر را اتخاذ کرده است:

اول: مردم را ملزم ساخته است تا حق افراد در انتخاب عقیده و یا ترک آن را محترم بشناسند. شخص آزاد باشد که مطابق عقیده‌اش عمل کند، و هیچ کسی حق ندارد دیگری را به پذیرش عقیده‌ای یا ترک آن مجبور سازد، و اگر کسی درصدد مبارزه با اعتقاد کسی باشد باید به نیکوترین روش او را قانع سازد و خطا بودن عقیده‌اش را بازگو کند، به این ترتیب اگر با اقناع وجدان حاضر به ترک عقیده‌ی خود گشت، طرفین گناهی نکرده‌اند و اگر نپذیرفت، اجبار وی و اعمال فشار، جایز نیست و نیز ارتکاب عملی که او را به تغییر وادارد، در حالی که راضی نیست، مجاز نخواهد بود، همین قدر برای دارنده‌ی عقیده‌ی مخالف کافی است که به تکلیف خود عمل و خطای او را گوش‌زد کند و به طرح حق راه‌نما باشد و در راه‌نمایی و هدایت نام‌برده به سوی راه راست مرتکب تقصیر نشود. این مفاهیم صراحتاً در آیات ذیل آمده است: «لا اکراه فی‌الدین» (بقره، ۲۵۶) و «اگر خدای تو می‌خواست اهل زمین همه یکسره ایمان می‌آوردند آیا مردم را مجبور می‌کنی که مؤمن و خداپرست گردند؟» (یونس، ۹۹) و «ای رسول تو به مردم تذکر بده که وظیفه‌ی پیامبریً تو همین است، تو مسلط و توانا بر تبدیل کفر و ایمان آنها نیستی» (غاشیه، ۲۱ و ۲۲) و «ما علی‌الرسول الاالبلاغ المبین» (نور، ۵۴).

دوم: صاحب عقیده را ملزم می‌داند که در حمایت از عقیده‌اش بکوشد از موضع ضعف و منفی برخورد نکند و اگر از حمایت خود ناتوان گردد، بر او واجب است از شهری که عقیده‌اش را محترم نمی‌شمارند به شهری که اعتقاد وی محترم شمرده می‌شود مهاجرت کند؛ تا بتواند عقیده‌ی خود را اعلان نماید و اگر مهاجرت نکند درحالی که قادر به مهاجرت می‌باشد قبل از آن که دیگران بر او ستم روا دارند، خود، بر خویشتن ستم روا داشته و به گناه بزرگی دست زده است و عذاب خدا درباره‌ی او حتمی است. اما اگر از مهاجرت ناتوان باشد، تکلیف دیگری ندارد «لا یکلف‌الله نفساً الا وسعها» قرآن به این مورد صراحتاً اشاره فرموده است و می‌گوید: «آنان که هنگام مرگ و قبض روح ستم‌کنندگان بر خویشتن بودند در پاسخ این سؤال که در چه کار بودید گویند که ما در روی زمین مردمی ضعیف و ناتوان بودیم. گویند: آیا زمین خدا پهناور نبود؟ که در آن سفر کنید. مأوای آنان جهنم است و بازگشت آنها جایگاه بسیار بدی است. مگر آن گروه از مردان و زنان و کودکان که به راستی ناتوان باشند و راه به جایی نبرند پس آنها به بخشایش خداوند امیدوار باشند و خداوند بخشنده و آمرزنده‌ی بندگان است) (نساء، ۹۷ الی ۹۹).

شریعت اسلام در بیان و قبول آزادی عقیده بر تمام مردم اعم از مسلمان و غیرمسلمان و موظف دانستن خود در حمایت از عقاید غیرمسلمانان در سرزمین‌های اسلامی به عالی‌ترین درجه از ترقی دست یازیده است. در هر شهر از شهرهای مسلمانان، غیرمسلمانان قادر بودند دین و مذهب و عقیده‌ی خود را علنی سازند و رسوم دینی خود را به جای آورند. معابد و مدارس برای اقامه‌ی اعمال دینی و تدریس آن بدون آن که مانعی ایجاد شود، بسازند، مثلاً یهود در سرزمین‌های اسلامی عقاید و معابد خود را داشتند و به صورت علنی و رسمی در آنها به عبادت می‌پرداختند و مدرسه‌هایی داشتند که آیین کلیمی را فرا می‌گرفتند و حق داشتند عقاید خود را تبلیغ و میان آنها و دیگر عقاید مقایسه کنند و دین یهود را در ایجاد نظم عمومی و دارا بودن آداب و اخلاق بهتر، بر دیگر ادیان برتری دهند. مسیحیان نیز با آن که مذاهب گوناگون و متعدد داشتند، چنین بودند. پیروان هر مذهبی کنیسه و مدرسه‌ی خاص خود را داشتند و علناً به عبادت می‌پرداختند و در مدارسشان عقیده‌ی خود را تعلیم می‌دادند ودرباره‌ی مذهب خود کتاب می‌نوشتند و در شهرهای اسلامی منتشر می‌کردند.

۲۶. آزادی بیان: شریعت، آزادی بیان را مجاز و مباح ساخته، آن را از حقوق مسلم هر کسی به حساب می‌آورد. در امور مربوط به اخلاق و مصالح عمومی و نظم عمومی هر آنچه را شرع منکر اعلام کرده، بیان و گفتار (امر به معروف و نهی از منکر) را واجب دانسته است. خداوند می‌فرماید: «و باید از شما مسلمانان برخی خلق را به خیر و صلاح دعوت کنند و مردم را به نیکوکاری امر کرده و از بدکاری نهی کنند» (آل عمران، ۱۰۴) و «آنان کسانی هستند که اگر در روی زمین به آنها تمکین و اقتدار دهیم نماز به پا می‌دارند و زکات می‌دهند و امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند» (حج، ۴۱) پیامبر می‌فرماید: «هر یک از شما کار بدی را دید باید با دست خود از انجام‌دادن آن جلوگیری کند، اگر با دست نتوانست با زبان درصدد جلوگیری برآید و اگر این هم مقدور نشد، قلباً به آن عمل راضی نباشد، و البته این مرحله ضعیف‌ترین درجه از ایمان است». و نیز می‌فرماید: «بهترین جهاد این است که سخن حق در مقابل سلطان ستمگر گفته شود». و «دین یعنی نصیحت‌کردن»، سؤال شد این نصیحت به خاطر چه کسی است؟ فرمود «به خاطر خدا و رسولش و کتاب او و نیز به خاطر رهبران مسلمانان و خود آنان». و نیز می‌فرماید: «سرور شهیدان حمزة‌بن‌عبدالمطلب است، و نیز مردی که علیه امام ستمگر بشورد او را به معروف امر و از منکر باز دارد و در این راه کشته شود».

با آن که هر کسی آزاد است آنچه را حق می‌پندارد بگوید و با زبان و قلم از عقیده‌اش دفاع کند، با این همه آزادی بیان، مطلق نیست بلکه آنچه می‌نویسد یا می‌گوید نباید از حدود آداب عمومی و اخلاق حسنه خارج یا با نصوص شریعت مخالف باشد.

شریعت از روز نزول، آزادی بیان را پذیرفته ولی هم‌زمان آن را به قیودی مقید ساخته است که مانع از دشمنی و سوءاستفاده می‌گردد. و به لحاظ این که مردم بدانند هیچ کس از رعایت این قیود و موانع معاف و مستثنا نیست، نخستین کسی که آزادی او در گفتار، مقید و محدود شد، خود پیامبر (ص) بود. آری شخصی که خود اعلان‌کننده‌ی آزادی، بشارت‌دهنده و مدعی آن و قول و عملش مورد تقلید دیگران بود، موظف به رعایت قیود مزبور گردید. با آن که خداوند متعال درباره‌ی او می‌فرماید: «و انک لَعَلَیٰ خُلُق عظیم» (قلم، ۴).

خداوند پیامبر را مأمور کرد که رسالت خود را به مردم ابلاغ کند و همه‌ی مردم را به ایمان به خداوند و رسالت خود فرا خواند و با کفار و مکذّبین خود محّاجه کند و عقل و دل آنان را مورد خطاب قرار دهد، با این حال او را در آزادی بیان، مطلق نگذاشت و شیوه‌ی دعوت و روش بحث و مجادله را برایشان ترسیم کرد و بر او تکلیف کرد که دعوت خود را با حکمت و برهان و پند و اندرز نیکو و جدال احسن بیاغازد، از انسان‌های نادان و جاهل اعراض کند، سخن خود را به زشتی بیان ننماید و به کسانی که جز خدا را می‌پرستند دشنام ندهد. به این ترتیب خداوند حدود آزادی بیان را برای پیامبر ترسیم فرمود و از این طریق برای ما روشن ساخت که این آزادی مطلق نیست، و مقید است به این که دشمنی ایجاد نکند و مورد سوءاستفاده قرار نگیرد.

آزادی بیان در حدودی که شریعت معین ساخته است، بدون شک به نفع افراد و جامعه است و سبب رشد روح برادری و دوستی و احترام میان افراد و گروه‌های اجتماعی می‌شود و دایماً آنان را در تعاون و معاضدت با یکدیگر نگه می‌دارد و جلوی تمایلات شخصی و گروهی را می‌گیرد، لکن جهان کنونی فاقد این ویژگی‌ها است و یا آن که در پی آنهاست ولی دست‌رسی بدانها ندارد.

حدود شایستگی دیدگاه شریعت درباره‌ی آزادی بیان را وقتی متوجه می‌شویم که بدانیم قانون‌گذاران عرفی، پس از کسب تجارب طولانی درباره‌ی مسئله‌ی فوق امروزه بر دو گروه تقسیم می‌شوند:

ــ گروهی عقیده دارند آزادی بیان جز آنجا که مخل نظم عمومی است، هیچ محدودیتی ندارد. اینان برای اخلاقیات اهمیت قایل نیستند، عمل به رأی این گروه غالباً به دشمنی و مخالفت و تخریب منتهی و باعث ایجاد جنبش‌ها و شورش‌ها و بی‌ثباتی در جامعه می‌گردد.

ـ گروه دیگر آزادی بیان را تا آنجا قبول می‌کنند که با رأی حاکمان و دیدگاه آنان برای اداره‌ی جامعه مخالف نباشد. این رأی باعث مرگ اندیشه‌های آزادی‌خواهانه و طرد عناصر سالم و شایسته از دستگاه حکومتی می‌شود و نهایتاً به استبداد منجر و باعث شورش‌ها و جنبش‌های گروهی می‌گردد.

دیدگاه شریعت درباره‌ی آزادی بیان جامع دو نظریه‌ی فوق است که دولت‌های جهان از آن دو تبعیت می‌کنند. زیرا نه به آزادی مطلق بیان عقیده دارد و نه آن را به طور کلی مقید و محدود می‌شناسد. قاعده‌ی اساسی در شریعت بر آزادی بیان استوار است، و محدودیت این آزادی فقط در جایی است که برخلاف اخلاق حسنه و آداب اجتماعی و نظم عمومی باشد. واقعیت این است که قیود مزبور برای حمایت از اخلاق و آداب و رسوم اجتماعی و نظم عمومی پیش‌بینی شده است و حمایت مزبور مقدور نیست مگر آن که آزادی بیان در این زمینه محدود گردد، پس اگر گوینده‌ای از ورود به موضوعی که با یکی از امور فوق برخورد می‌کند، ممنوع باشد در حقیقت از تعدی و تجاوز نسبت به آنها جلوگیری شده است و بدین سان او را از داشتن حق محروم نساخته‌اند، زیرا تعدی و تجاوز نمی‌تواند حق تلقی گردد.

با این وصف، می‌توان گفت که شریعت اسلام به هر کسی این اجازه را می‌دهد که آنچه را می‌خواهد، بدون آن که دشمنی ایجاد کند، بگوید. فحاشی و عیب‌جویی نکند، لاف نزند و کسی را قذف نکند، دیگران را با حکمت و برهان و پند نیکو به رأی و نظر خود دعوت کند و در راه آن جدال احسن را پیشه گیرد و عفت کلام را مرعی دارد. به سخن زشت نیاغازد و از نادانان اعراض کند. تردیدی نیست که اگر کسی چنین وضعی داشته باشد، مردم تشویق می‌شوند که سخن او را بشنوند و به ارزیابی آن بپردازند. چنین شخصی، گذشته از آن که وابستگی‌ها و علایقش با دیگران سالم می‌ماند باعث می‌شود که جامعه نیز به صورت یک پیکره‌ی واحد، در جهت مصلحت عمومی تلاش کند.

در آیات قرآن در این زمینه آمده است: «خلق را به حکمت و برهان و موعظه‌ی نیکو به راه خدا دعوت کن و با بهترین طریق با اهل جدل مناظره کن» (نحل، ۱۲۵) و «طریقه‌ی عفو و بخشش پیش گیر و به نیکوکاری امر کن و از نادانان روی برگردان» (اعراف، ۱۹۹) و «... و هرگاه مردم جاهل به آنها خطاب کنند با سلامت نفس و زبان خوش جواب دهند» (فرقان، ۶۳) و «بر آنان که غیر خدا را می‌خوانند دشنام ندهید تامبادا از روی دشمنی خدا را دشنام دهند» (انعام، ۱۰۸) و «خدا دوست نمی‌دارد که کسی به عیب خلق صدا بلند کند مگر آن که ستمی به او رسیده باشد» (نساء، ۱۴۸) و «شما با اهل کتاب جز به نیکوترین طریق بحث و مجادله مکنید مگر با ستم‌کاران از آنها» (عنکبوت، ۴۶).

درباره‌ی آزادی بیان نظریه‌های سه‌گانه ملاحظه شد. شریعت اسلام این نظریه را در زمانی عنوان کرده است که مردم با نور عقل نمی‌اندیشیدند، و فقط به آنچه از پدرانشان باقی مانده بود توجه می‌کردند، و طبیعی بود که از نظر آنان تغییر عقیده مطلوب نباشد. برخورداری از آزادی بیان و فکر فقط مختص صاحبان قدرت و زورمندان بود. مسلمانان اولیه در نشر و پراکندن عقیده‌ی اسلامی در تنگنای سختی قرار گرفتند.

آنان به سبب تغییر عقیده‌شان شکنجه شدند و برای عدول از آن تحت فشار قرار گرفتند. کفار و مخالفان همیشه آنها را تعقیب، و از بیان و اظهار عقیده‌شان به قصد دعوت ممانعت می‌کردند و در مقابل هر عبادتی به اذیت و آزار آنان می‌پرداختند.

از آنچه گفته شد معلوم می‌شود که اعلام نظریه‌ی آزادی بیان بنابر شریعت برای این نبود که تحول جامعه و یا گرایشات موجود در آن، اقتضا می‌کرد، زیرا در آن موقعیت، دنیای آن‌روز آماده‌ی پذیرش این نظریه نبود، بلکه برای این که سطح فکر جامعه بالا رود و به ترقی و پیش‌رفت بینجامد و آنان از توحش برهند و جهل و نادانیشان زدوده شود این نظریه را اعلام کرده است. بدین سان، بیان و اعلام نظریه‌ی آزادی بیان، برای آن بود که شریعت به عنوان یک آیین کامل و دایمی بدان نیازمند بود.

نصوصی که در آنها آزادی بیان و حدود آن بیان می‌شود در حدی از جامعیت و انعطاف‌پذیری قرار دارند که در هیچ زمان و مکان و شرایطی به تغییر و تبدیل احتیاج ندارند. این ویژگی با خصوصیت اساسی دین اسلام که قابل تغییر و تبدیل نیست، انطباق کامل دارد و تردید نیست که جامعیت و انعطاف‌پذیری نصوص مورد بحث به گونه‌ای نیست که با تغییر امکانات و مکان‌ها و گذشت زمان، توان پاسخ‌گویی نداشته باشند.

دین اسلام در قبول و اعلان اصل آزادی بیان حداقل یازده قرن از قوانین عرفی جلو افتاده است، زیرا زمینه‌ی آشنایی این قوانین با این اصل در اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ م بوده است، و الا پیش‌تر، در قوانین وضعی، اصل آزادی بیان به رسمیت شناخته نمی‌شد، بلکه در آنها سخت‌ترین مجازات‌ها برای اندیشمندان و اصلاح‌طلبان و کسانی که از عقیده‌ی مورد قبول حاکمان انتقاد می‌کردند پیش بینی شده بود. واقعیت و حقیقت موجود در تاریخ همین است و اگر کسی مایل باشد بداند که چگونه این دروغ بزرگ عنوان شده است؛ که اروپاییان اولین کسانی بودند که اصل آزادی بیان را اعلان کردند، باید بداند که این دروغ از جهل به شریعت اسلام ناشی گردیده است، البته اگر اروپاییان درباره‌ی این جهل مدعی عذر باشند، ممکن است پذیرفته شود ولی برای ما هیچ عذری مسموع نیست.

۲۷. اصل شورا: دین اسلام این اصل را در آیه‌ی مبارکه‌ی «و امرهم شوری بینهم» (شوریٰ،

۳۸) و در آیه‌ی «و شاورهم فی الامر» (آل‌عمران، ۱۵۹) اعلان کرده است. قبول و اعلان اصل شورا متأثر از اقتضائات جامعه نبود زیرا عرب‌ها در آن روزگار در پست‌ترین درجه از جهل و نادانی و در منتهی درجه‌ی عقب‌ماندگی و انحطاط به سر می‌بردند. شریعت اسلام، این اصل را از آن رو عنوان کرده است که یک آیین کامل و دایمی است، و آیینی که از هر تغییر و تبدیلی مصون خواهد ماند، پیش از هر چیز به اصل شورا نیازمند است. دیگر این که نفس اعلان این اصل باعث ارتقای سطح فکری جامعه گردیده است و مردم را به تفکر در مسائل عمومی و توجه به آنها و آینده نگری و مشارکت در حکومت به طور غیرمستقیم و مراقبت از مسئولان حکومت وادار می‌کند. بنابر این، اصلِ شورا برای تکمیل شریعت و هدایت مردم و ارتقای سطح فکری آنان تشریع گردیده است.

از ظاهر دو آیه‌ی فوق چنین بر می‌آید که آنها در عالی‌ترین درجه از کلیت و جامعیت و انعطاف‌پذیری قرار دارند، به نحوی که هیچ گاه به تفسیر و تبدیل آنها در آینده احتیاج نخواهد بود. این نکته دلیل مطلبی است که قبلاً بدان اشاره شد؛ یعنی دین اسلام جاودانی است و تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد.

با این ملاحظات، دین اسلام به بیان اصل شورا به عنوان یک قاعده‌ی کلی اکتفا کرده و وضع و تصویب قواعد و آیین‌نامه‌های اجرایی آن را به عهده‌ی اولیای امور گذاشته است، زیرا مقررات لازم برای "اجرای اصل شورا"، به تبع مکان‌ها و زمان‌ها و مردم، متفاوت است، مثلاً وظیفه‌ی مسئولان حکومتی است که از دیدگاه‌های شهروندانش در بزرگ خانواده‌ها و قبایل یا از طریق نمایندگان آنان مطلع باشد و یا با اخذ رأی، اعم از مستقیم و غیرمستقیم، از کسانی که اوصاف معینی را دارا هستند، موضع ملت خود را بدانند. و علی‌ایّ‌حال، دست‌اندرکاران حکومت هر راهی را که برای کسب اطلاع از نظریات ملت خود بهتر تشخیص دهند باید همان را انتخاب کنند، به شرط آن که در انتخاب هر یک از شیوه‌های فوق، قاعده‌ی لاضرر و لاضرار رعایت گردد و مصالح اشخاص و جامعه و نظم عمومی به خطر نیفتد.

در شریعت قواعد اساسی اصل شورا و اجرای آن که اندک است، بیان و در اختیار اولیای امور گذاشته شده است، این قواعد نیز مانند اصل شورا تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد، زیرا قواعدی است که در نصوص معینی بیان گشته است و قاعده بر این است که آنچه موضوع یک نص است، تغییر و دگرگونی نمی‌پذیرد.

از جمله قواعد اساسی که شریعت تبعیت از آن را در ارتباط با حکومت مبتنی بر شورا واجب دانسته، این است که اقلیتی که رأی نیاورده است جزء اولین کسانی باشند که از نظریات اکثریت پیروز تبعیت می‌کنند و آنها را تحت عنوان رأی واجب‌الاتباع به مرحله‌ی

اجرا در می‌آورند، و مانند اکثریت از آنها دفاع می‌کنند. اقلیت حق ندارد درباره‌ی رأیی که در انتخاب از بقیه‌ی آراء سبقت گرفته است مناقشه کرده در اصالت آن، در مرحله‌ی عمل تشکیک کند. این شیوه‌ی پیامبر (ص) بود که تبعیت از آن براساس آیه‌ی مبارکه‌ی «و ما اتیکم الرسول فخذوه و مانهیکم عنه فانتهوا» (حشر، ۷) بر همه‌ی مردم لازم است.

پیامبر (ص) در زمان حیات خود به این شیوه عمل کرد و اصحاب ایشان نیز پس از رحلت وی بدان عمل کردند. حضرت رسول زمانی به این شیوه عمل کردند که قریش خود را برای غزوه‌ی احد آماده و به سمت مدینه حرکت کرد و در نزدیکی کوه احد فرود آمد. یاران پیامبر به حضور ایشان رفتند، آن حضرت با آنان، در این باره که در مدینه بمانند و در آن سنگر بگیرند یا از شهر بیرون رفته در خارج شهر بادشمن مقابله کنند، مشورت کردند. پیامبر (ص) ماندن در مدینه و پناه‌گرفتن در آن را ترجیح می‌دادند، که اگر دشمن به داخل مدینه وارد شود، مسلمانان در مدخل کوچه‌های تنگ با آنها بجنگند و زنان نیز از پشت بام خانه‌ها حمله کنند. عبدالله‌ابن‌ابی و برخی از صحابه با این نظر موافق بودند. ولی گروه زیادی از صحابه به بیرون رفتن از شهر نظر دادند و در این امر اصرار ورزیدند و پیامبر اولین کسی بود که مطابق رأی اکثریت عمل کرد زیرا فوراً از جای خود برخاست، به خانه‌ی خود داخل شد و لباس جنگ پوشید و بیرون آمد و پیشاپیش اقلیت و اکثریت به پیشواز دشمن رفت. حضرت رسول (ص) به رغم مخالفت شخصی، مطابق رأی اکثریت عمل کرد با آن که حوادث بعدی نشان داد که رأی ایشان درست و صواب بوده است.

اصحاب پیامبر نیز، پس از وفات آن حضرت به این شیوه عمل کردند. درباره‌ی جنگ با گروه مرتدین در بدو امر نظر اکثریت این بود که با آنان جنگ نکنند و مسالمت کنند لکن نظر اقلیت به سردستگی ابوبکر خواستار جنگ با آن گروه و عدم مصالحه بود. پس از مناقشه و بحث، اکثریت قانع شدند که رأی ابوبکر بهتر است، وقتی قرار شد به این رأی عمل شود، مخالفان، اولین کسانی بودند که شروع به اجرای آن کردند و در راه آن از جان و مال و فرزندان خود مایه گذاشتند.

این شیوه‌ی زیبا که اصل شورا را کامل می‌کند، در زمان حاضر برای جلوگیری از شکست دموکراسی بهترین علاج است. مسلم است که کشورهای دموکراتیک در عملی‌کردن اصل شورا شکست فاحشی خورده‌اند. علت اساسی ناکامی‌شان در این است که به اقلیت اجازه می‌دهند با رأی اکثریت به ستیز برخیزند و ارزش و شایستگی آن را در مرحله‌ی صعود به حکومت مورد تشکیک قرار دهند، و حتی پس از نیل به کرسی اقتدار و حکومت نیز از آن انتقاد کنند و به باد استهزا بگیرند. و چون قاعده بر این است که اکثریت عهده‌دار امور حکومتی گردد، نظریات و آراء آنان از سوی اقلیت نه‌تنها فاقد احترام لازم است بلکه دایماً

مورد انتقاد و استهزا قرار گرفته، تحت عنوان عدم صلاحیت و بی‌مایگی محکوم می‌شود، و چه بسا اقلیت از قبول و تن دادن به قوانین مصوب اکثریت خودداری می‌کند. و این روال ادامه می‌یابد تا این که اقلیت به حکومت می‌رسد و این بار اکثریت پیشین در موضع اقلیت همان رفتار انتقادی و استهزایی را در مقابل گروه حاکم در پیش می‌گیرد و بدین‌سان هیچ گروهی به حکومت نمی‌رسد جز آن که نظریات و اعمال آن در موضع انتقاد و تشکیک و استهزا قرار بگیرد.

البته انتقاد یکی از طرق اصلاح امور است به شرط آن که منتقد در زمان انتخابات دیدگاه انتقادی خود را بیان کند، اما انتقاد از تفکری که در این مبارزه پیروز گشته و تردید در اصالت فکری که به حکومت دست یافته است، عین فساد و حتی اساساً با اصل و پایه‌ای که "شورا" بر آن استوار گردیده، متناقض است. پایه‌ی شورا بر حاکمیت رأی اکثریت است و معنای سخن مزبور این است که وقتی اکثریت مردم رأی و تفکری را پذیرفتند و به آن رأی دادند، این رأی به منزله‌ی قانون و حکم بوده و اطاعت و احترام بدان واجب است.

موضع‌گیری اقلیت در مقابل اکثریت حاکم، نتیجه‌ی طبیعی خود را دارد. در کشورهایی که شیوه‌ی دموکراسی حاکم است سردمداران حکومت از اداره‌ی امور کاملاً عاجز هستند، افراد اعتماد خود را به رهبران و گروه‌ها و احزاب از دست داده‌اند و در قدرت و توانایی رهبران، در حکومت بر مردم و اداره‌ی امور دچار تردید شده‌اند و البته حق دارند که به رهبران خود اعتماد نداشته باشند زیرا در زمانی که گروه حاکم به کرسی حکومت تکیه زده بود از آنان سخنی نشنیدند که شایسته‌ی تقدیر باشد و اندیشه‌ای ارائه نشد که دربرگیرنده‌ی نوعی استهزا نباشد و به عملی دست نزدند که از انتقاد و تردید به دور باشد.

هرچند ناکامی سیستم دموکراسی در استفاده از نظام شورا، از عدم اعتماد مردم به رهبران خود ناشی می‌گردد، شیوع این ناکامی در کلیه‌ی کشورهایی که از نظام دموکراسی بهره‌مند هستند، مردم را به این اعتقاد سوق داده است که ایراد در نظام شورا است. تردید و عدم اعتماد به کسانی که مجری اصل شورا بودند به خود اصل انتقال یافته است و بیشتر کشورهای دموکراتیک، دیکتاتوری و حکومت فردی را پذیرفته‌اند و گمان دارند که با این شیوه، بیماری تردید و عدم اعتماد مردم را درمان خواهند کرد.

لیکن تجربه ثابت کرده است که نظام دیکتاتوری، مفتضحانه‌تر از نظام دموکراسی، با ناکامی و شکست مواجه گردیده است، زیرا دیکتاتوری به بسته شدن دهان‌ها و از بین رفتن آزادی و حق انتخاب و اعتماد میان ملت‌ها و حکومت منتهی می‌گردد و مردم و حکومت‌ها را به ورطه‌ی هلاکتی می‌افکند که مقصودشان نبوده یا به مرحله‌ای می‌رساند که برگشت از

آن، جز با تحمل ضرر و زیان، مقدور نباشد. نظام‌های دیکتاتوری درصورت تبدیل به نظام دموکراتیک با "اعمال نیک" مواجه می‌شوند، این کام‌یابی به نظام بر نمی‌گردد، بلکه، چنانچه تجربه هم ثابت کرده است، نتیجه‌ی این دگرگونی در به وجود آمدن اعتماد مردم نسبت به اولیای امور، حمایت از آنان و علاقه‌ی مردان حکومت در اصلاح امور جامعه تجلی می‌کند. ولی زمانی که رهبران مورد اعتماد عوض یا در نیل به مقصود با ناکامی مواجه می‌شوند، اعتماد به وجود آمده میان مردم و مردان حکومت نیز از میان می‌رود. بنابراین شروع فساد و راه یافتن آن به درون نظام دیکتاتوری راه را برای تغییر نظام آماده می‌سازد؛ هر چند تحول و دگرگونی به عوامل زیادی بستگی دارد که بارزترین آنها ناتوانی حاکمان یا شجاعت و نیرومندی محکومان است.

این توضیح لازم است که نظام اسلامی هم، تنها درمان موفق شکست دموکراسی به حساب نمی‌آید ولی دریچه‌ی اطمینانی است که مردم را در مقابل دیکتاتوری حمایت می‌کند زیرا این نظام، ارزش نظری اصل شورا را حفظ کرده، شایستگی عملی آن را قابل تحقق می‌داند و همه‌ی توان و نیروی خود را برای خدمت به جامعه تجهیز می‌کند و مردم را فرا می‌خواند که به اصل شورا و مجریان آن اعتماد داشته باشند ونیز راه نفوذ عوامل ویرانگر و دیکتاتوری را می‌بندد.

این توضیح نیز لازم است که نظام دموکراسی بر اصل شورا استوار است، ولی به سبب استعمال سوء و نابه‌جای آن، به چیرگی محکومان بر حاکمان و از بین رفتن هم‌کاری میان آنان منتهی گردیده است. نظام دیکتاتوری هم در اساس، بر اطاعت و فرمان‌بری محض و اعتماد میان حاکمان و محکومان اتکا دارد ولی به سبب استعمال سوء و غلط، به تسلط اولیای امور بر مردم و از میان رفتن اعتماد میان آنان منجر گشته است. اما نظام اسلامی در مرحله‌ی مشاوره و شور، بر شورا و تعاون استوار و در مرحله‌ی اجرای رأی پیروز، بر فرمان‌برداری و اطاعت متکی است وقواعد آن اجازه نمی‌دهد تا گروهی بر گروه دیگر مسلط گردد، به این ترتیب نظام اسلامی مزایا و محاسنی را که به نظام‌های دموکراسی و دیکتاتوری نسبت داده می‌شود با خود دارد و در عین حال از معایبی که این دو نظام دارند مبرا است.

دین اسلام در بیان اصل شورا ۱۳ قرن از قوانین موضوعه سبقت جسته است، زیرا پیشینه‌ی این قوانین به پس از انقلاب فرانسه بازمی‌گردد البته پذیرش نظام شورایی در قوانین انگلستان در قرن هفدهم و ایالات متحده در نیمه‌ی دوم قرن هجدهم و فرانسه در آخر همین قرن اتفاق افتاد و تحت تأثیر این امر، اصل شورا شهرت جهانی یافت و غالب قوانین در قرن

۱۹ آن را به رسمیت شناختند. به این ترتیب ملاحظه می‌شود که در قوانین عرفی در مورد اصل شورا مطلب تازه‌ای عنوان نشده است، بلکه واضعان آن به موضوعی رسیده‌اند که اسلام در بدو امر آن را اعلان کرده و به راهی رفته‌اند که اسلام از قرن هفتم میلادی در آن گام زده است.

۲۸. نظریه‌ی محدودیت اقتدار حاکم: دین اسلام از روز نخست پیدایش این نظریه را پذیرفته و اولین دینی است که اقتدار حاکمان را محدود ساخته و مانع آزادی آنها از هر نوع دخل و تصرف شده و آنها را ملزم داشته است که در چارچوب معینی حکومت کنند و ضمن آن که حق خروج از این محدوده را از آنان سلب کرده است آنان را در مقابل تجاوز و تعدی و اشتباهات، مسئول شناخته است.

این نظر سه پایه‌ی اساسی دارد: اول- تعیین چارچوب و محدوده‌ی قدرت؛ دوم- مسئولیت حاکم در مقابل اعمال و رفتار؛ سوم- واگذاری حق عزل حاکم به مردم.

اصل اوّل ـ تعیین چارچوب و محدوده‌ی قدرت: پیش از نزول شریعت اسلام، حاکم از چنان اقتدار مطلقی برخوردار بود که هیچ حد و قیدی نداشت، و علقه‌ی منحصر به فرد میان حاکمان و محکومان "قدرت" بود. اگر حاکم قدرت داشت می‌توانست به حکومتش ادامه دهد و به میزان قدرتش تا زمانی که قوی بود به هر چیزی تسلط داشت و زمانی که ضعف بر او مستولی می‌گشت، سلطه و اقتدارش رو به افول می‌گرایید و به سستی و ناتوانی مبتلا می‌شد. اطاعت مردم نه به سبب حکومت حاکم، بلکه به دلیل اقتدار و قدرت‌مداری او بود، و تا زمانی که حاکم قادر بود مردم را با چوب خود براند یا آنان را با مال و جاه خود فریب دهد، از او اطاعت و فرمان‌بری می‌کردند و در صورتی که قدرت او رو به کاهش می‌نهاد، یکی از رقبایش بر او غلبه پیدا می‌کرد و به تبع همین پیروزی، رقیب غالب می‌توانست که بر مردم حکومت کند. مردم نوکر و برده‌ی سلطان به حساب می‌آمدند؛ خواه سلطنت را به ارث برده یا آن را از دیگری به زور به دست آورده باشد.

چون میزان اقتدار و سلطه‌ی هر حاکمی به قدرت او بستگی داشت، تسلط و اقتدار هیچ حاکمی با دیگری برابری نمی‌کرد و حدود رسمی و معینی هم نبود که سلاطین از آن حدود تجاوز نکنند، بلکه حاکم می‌توانست به انجام‌دادن هر کاری که می‌خواست مبادرت ورزد بدون آن که مراقبت و حساب و کتابی در میان باشد.

وقتی شریعت نازل گشت، این اوضاع کهنه و پوسیده را به وضعیت تازه و جدیدی تبدیل کرد که با کرامت انسانی و نیازهای اجتماعی سازگار بود، اساس وابستگی میان حاکمان و مردم را، تحقق مصلحت جامعه قرارداد نه قدرت و ضعف حاکم، و حق انتخاب حاکم و

رهبری را که مصلحت جامعه را حفظ و آن را رعایت کند به مردم واگذار کرد، و برای سلطه‌ی حاکم چارچوبی معین ساخت که حق تجاوز از آن را نداشته باشد و هرگونه عمل او را در خارج از چارچوب تعیین شده باطل اعلام کرد و به مردم این حق را داد که در صورت تخطی او را عزل و فرد دیگری را برای اداره‌ی امور جامعه انتخاب کنند.

شریعت امر مسئولیت "حاکم" را به نحو کامل و روشن تبیین کرده و حقوق و تکالیف او را دقیقاً بازشمرده است. مأموریت حاکم از دیدگاه شریعت این است که در حفاظت از دین و اداره‌ی امور دنیا از پیامبر (ص) تبعیت کند. فقها اصطلاحاً از این شخص به امام تعبیر می‌کنند.[۱]

امامت و خلافت، آن‌گونه که فقها نظر داده‌اند، عقدی است که با رضایت و اختیار منعقد می گردد.[۲] براساس همین عقد، امام یا حاکم ملزم است که در حل مسائل کلی مردم در داخل و خارج کشور، به نحوی که مصلحت آنها رعایت شود، بکوشد.[۳] به شرط آن که این اقدامات در حدود "ما انزل الله" صورت بگیرد. در مقابل التزام و تکلیف امام، مردم نیز از طریق نمایندگان برگزیده‌ی خود ملزم هستند از رهبری، فرمان بردند و تا زمانی که فساد بر او چیره نشده یا از عهده‌ی ادای وظایف محوله عاجز نمانده باشد، از او اطاعت[۴] و چنانچه حال امام به سبب فسق و ناتوانی تغییر یافت، او را از حکومت عزل کنند. پس سلطه‌ی امام از نظرگاه شریعت مطلق نیست و حق ندارد آنچه را می‌خواهد انجام دهد و هر آنچه را مایل نیست انجام ندهد، بلکه یکی از آحاد ملت است که به رهبری انتخاب شده است و در مقابل مردم حقوق و تکالیفی دارد و قدرتش تا حدی است که بتواند تکالیف خود را انجام بدهد و حقوق خود را استیفا کند. در انجام‌دادن تکالیف و استیفای حقوق نیز مقید است به این که، از مفاد نصوص شرعی یا روح آنها تجاوز نکند، و این همان است که خداوند می‌فرماید «و این که میان آنها به آنچه خدا فرمود حکم کنی» (مائده، ۴۹) و «پس ما تو را بر شریعت کامل در امر دین مقرر فرمودیم، تو آن شریعت و آیین خدا را کاملاً پیروی کن و هیچ پیرو هوای نفس مردم نادان مباش» (جاثیه، ۱۸) و «هرکس برخلاف آنچه خدا فرمود حکم کند، چنین کس از کافران خواهد بود» (مائده، ۴۴) پس اگر امام یا حاکم مقید است که از شریعت تبعیت

---

۱. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۳.
۲. *همان*، ص ۶.
۳. نویسنده‌ی کتاب *الاحکام‌السلطانیه* تکالیف امام را به این شرح احصا کرده است: پاس‌داری از دین؛ برقراری امنیت و نظم عمومی؛ اقامه‌ی حدود و اجرای آنها؛ نگهبانی از مرزها؛ کوشش و نظارت بر اموال عمومی درخصوص جمع‌آوری و خرج آنها و نظارت بر کارمندان دستگاه حکومتی که متصدی امور فوق هستند.
۴. *همان منبع*، ص ۱۲ الی ۱۷.

و مطابق نصوص آن حکم کند، معنایش این است که قدرت و اقتدار وی محدود به میزانی است که شریعت تعیین کرده است، آنچه را برای حاکم مباح دانسته به آن سلطه خواهد داشت و از آنچه او را بازداشته است، سلطه نخواهد داشت. به طور کلی دین اسلام چیزی را برای حاکم مباح می‌داند که بر هر شخص دیگری هم آن را مباح دانسته و نیز چیزی را بر او حرام کرده است که بر هر فرد دیگری حرام است.

اصل دوم ـ مسئولیت حاکم در قبال اعمال ارتکابی: بنابر توضیحات فوق، تکالیف و حقوق امام به اجمال بیان شد. دین اسلام حاکم را در مقابل هر اقدامی که فراتر از حدود معینه باشد مسئول می‌داند؛ خواه این عمل را عمداً انجام بدهد یا ناشی از خطا و اشتباه باشد. شریعت در پذیرش مسئولیت حکام در مقابل اعمال و رفتارشان شیوه‌ی منطقی را پیش گرفته است، چون وقتی حقوق و تکالیف حاکم را بیان و او را ملزم می‌کند که از احکام شریعت تخطی و تجاوز نکند و او را مانند یک فرد عادی به شمار می‌آورد و بر دیگران ترجیح نمی‌دهد، منطقی و طبیعی است که به منظور تحقق عدالت و برابری، در مقابل هر عملی که مخالف دین باشد؛ اعم از آن که عمداً صورت دهد یا در نتیجه‌ی اهمال و بی‌مبالاتی او رخ دهد، مسئول شناخته می‌شود؛ چنانچه هر فرد عادی نیز چنین است.[۱]

اصل سوم ـ واگذاری حق عزل امام به مردم: در مباحث پیشین گفته شد که امامت براساس یک عقد به وجود می‌آید، که به موجب آن، مردم، امام یا حاکم را انتخاب کرده و در مقابل تعهد حاکم در نظارت بر امور مردم و رهبری آن در راهی که شریعت تعیین کرده است، متعهد می‌شوند از او اطاعت و فرمان‌بری داشته باشند، نتیجه‌ی منطقی وضعیت مزبور این است که برمردم واجب است از حاکمی که در چارچوب تعیین شده عمل می‌کند، اطاعت کنند. اما حاکمی که به تکالیف خود عمل نمی‌کند یا از حدود خود خارج می‌شود، نباید انتظار داشته باشد که مردم از او فرمان‌بری کنند و موظف است جای خود را به فردی تواناتر واگذارد تا در محدوده‌ی آنچه خداوند فرموده است، حکومت کند و اگر به میل خود کنار نرود، مردم او را به زور کنار بزنند و شخص دیگری را انتخاب کنند.

این نتیجه‌ی منطقی، همان است که شریعت نیز در پی آن است، قرآن کریم بدان تصریح کرده و پیامبر (ص) به آن فرمان داده و خلفای راشدین پس از پیامبر (ص) بدان عمل کرده‌اند. خداوند می‌فرماید: «ای اهل ایمان خدا و رسول و اولیای امور را اطاعت کنید چون در امری کارتان به نزاع و گفت‌وگو کشید به حکم خدا و رسول بازگردید، اگر به خدا و روز

---

۱. از مسئولیت حکام در هنگام بحث از شمول احکام شریعت به کلیه‌ی افراد، تفصیلاً سخن گفته خواهد شد در اینجا به همین مقدار بسنده می‌شود تا امتیازات شریعت و تقدم آن در بیان نظریه‌های جدید معلوم شود.

قیامت ایمان دارید، این کار برای شما از هرچه تصور کنید بهتر و خوش‌عاقبت‌تر خواهد بود» (نساء، ۵۹) و پیامبر (ص) می‌فرماید «لا طاعه لمخلوق فی معصیةالخالق» و باز می‌فرماید: «اطاعت فقط در کارهای نیکو و شایسته قابل تصور است». و درباره‌ی حاکمان می‌فرماید: «اگر یکی از آنان به معصیت خدا فرمان دهد نباید پذیرفته شود». و پس از وفات پیامبر که مسلمین ابوبکر را به خلافت انتخاب کردند وی در اولین سخنرانی‌اش چنین گفت: «ای مردم بر شما حکومت می‌کنم و حال آن‌که بهتر از شما نیستم، اگر کار نیکو انجام دادم مرا یاری کنید و اگر به کار ناشایست دست زدم بر من بشورید، تا زمانی که از خدا و پیامبرش اطاعت می‌کنم از من پیروی کنید و اگر چنین نباشم وظیفه ندارید از من اطاعت کنید».

پس از ابوبکر، عمر امر حکومت را عهده‌دار شد. او برای بیان و اظهار معانی فوق و تثبیت آن در اذهان مردم علاقه‌ی وافری داشت، روزی در سخن‌رانی‌اش گفت: «مایلم بدانید که من و شما در یک کشتی هستیم که دست‌خوش امواج دریاست، گاهی ما را به غرب می‌برد و گاهی به شرق، مردم نباید از انتخاب شخصی که آنها را رهبری کند ناتوان باشند، پس اگر استقامت کند از او تبعیت می‌کنند و اگر از وظایفش عدول کند، او را می‌کشند». طلحه گفت: «چه می‌شد اگر بگویی، چنانچه از راه خود کج شد عزلش می‌کنند؟» عمر پاسخ داد، «نه، مرگ، برای شخص بعدی مایه‌ی عبرت است».

شریعت اسلام این نظریه را زمانی اعلان کرده است که سلطه‌ی حاکمان بر زیردستان، مطلق بود و چنین نبود که چون نظریه‌ی مزبور را متناسب با جامعه‌ی آن روز و شایسته‌ی وضع زمانه می‌دانست بیان کرده، بلکه سبب طرح آن از طرفی این است که یک آیین کامل آن را اقتضا می‌کرد و از طرفی ارتقای سطح فکری جامعه و سوق دادن آن به سوی ترقی و پیش‌رفت، علت دیگر این امر محسوب می‌گردد. به این ترتیب، این نظریه به منظور کمال و هدایت جامعه به سوی پیش‌رفت و ترقی تشریع گردیده است.

نصوصی که متضمن این نظریه است در نهایت درجه از وسعت و انعطاف‌پذیری لازم برخوردار است، به حدی که بالاتر از آن تصورناپذیر است و برای هر زمان و مکان و برای هر حالت و وضعیت جدید، پاسخ‌گو است.

دین اسلام در بیان نظریه‌ی محدودیت اقتدار حاکمان، و تعیین پایه‌ی اساسی رابطه‌ی مردان حکومتی با شهروندان و بیان اشراف و تسلط مردم به اولیای امور از تمام قوانین موضوعه، گوی سبقت را ربوده است.

اولین قانون وضعی که بعد از شریعت اسلام، تسلط مردم بر حاکمان را به رسمیت شناخت، قانون انگلیس بود که در قرن هفدهم یعنی یازده قرن پس از اسلام تدوین شد، بعداً

در پایان سده‌ی هجدهم، انقلاب کبیر فرانسه رخ داد و در نتیجه‌ی این انقلاب، اصل مزبور در قوانین وضعی راه یافت.

قوانین وضعی در بیان این نظر از راه‌نمایی و هدایت اسلام متأثر بوده است؛ چه، آن که حد فاصل میان حاکمان و مردم و حقوق دوجانبه‌ی افراد و جامعه از یک طرف و حقوق حاکمان را از طرف دیگر و این که مرز آنها تا کجاست، تعیین و بیان می‌کند؛ چنانچه اسلام نیز این حد را با نصوص شرعی که همان قانون اساس اسلامی است تعیین و بیان می‌کند.

۲۹. نظریه‌ی طلاق: اسلام به زوج اجازه می‌دهد که همسر خود را اعم از آن که با وی نزدیکی کرده باشد یا خیر، طلاق دهد؛ هرچند دلیل روشنی که حاکی از تضرر وی در اثر ازدواج باشد، اقامه نکند، بنابراین امر طلاق در اختیار زوج است. زن نیز شرعاً مجاز است که با تظلم به دستگاه قضایی و با اثبات این که در اثر ازدواج دچار ضرر مادی یا معنوی گردیده یا زوج به تکالیف خود عمل نمی‌کند، تقاضای طلاق کند.

فرق اساسی میان زن و مرد در امور طلاق این است که در مسائل مربوط به زندگی مشترک زناشویی، حق ریاست با مرد است[۱] و تنها اوست که مسئولیت زندگی زناشویی را عهده‌دار است و به پرداخت مهریه‌ی زن و مخارج ازدواج و نفقه‌ی زوجه از روز انعقاد عقدی مکلف است؛ هرچند او را به خانه‌ی خود نیاورده باشد.

مخارج زندگی زن و فرزندان مشترک به عهده‌ی مرد است و در مقابل این مسئولیت‌های سنگین، حق طلاق بدون هیچ قیدی به او واگذار شده است. این نکته از لحاظ دیگر نیز به صلاح زن است؛ چه، اگر مرد ملزم باشد تا علت و انگیزه‌ی طلاق را بیان کند چه بسا باعث لکه‌دار شدن حیثیت زن گردد و از ازدواج بعدی محروم بماند. اما زن به شرط اثبات ضرر مادی یا معنوی، حق دارد تقاضای طلاق کند، و در این نکته با مرد، با آن که در امور زندگی مشترک زناشویی مقدم است، برابری می‌کند و چنین است که شریعت، در حد کافی، حامی زن در برابر خیره‌سری مرد است. در عین حال این شرط، مانع سوءاستفاده‌ی زن در تقاضای طلاق می‌شود.

هرچند اسلام حق طلاق را بدون هیچ قیدی از حقوق مرد می‌داند، بازاء آن تکالیفی را بر مرد واجب می‌داند که مقصود از آنها حمایت از زن و رعایت مصلحت اوست.

طلاق، یا پیش از نزدیکی و وجوب مهر صورت می‌گیرد یا پس از وجوب مهر و قبل از دخول رخ می‌دهد و یا پس از دخول اتفاق می‌افتد و در هر یک از این وضعیت‌ها، اسلام

---

۱. به شماره‌ی ۲۲ مراجعه شود.

تکالیفی را بر عهده‌ی مرد گذاشته است که هیچ راه فراری ندارد جز آن که آنها را به نفع زن انجام دهد. این تکالیف و الزامات، هرچند از جهتی به عنوان مابازاء در مقابل زن محسوب می‌گردد؛ از طرف دیگر، مرد را وادار می‌سازد که پیش از استفاده از حق طلاق، درباره‌ی کاری که انجام می‌دهد، کاملاً فکر کند.

طلاق، پیش از مواقعه و وجوب مهریه: چنانچه مرد، زنی را پیش از دخول وجوب مهر (مثلاً در دوران نامزدی که عقد نکاح جاری است) طلاق دهد، موظف است مابازاء را که عرف اقتضا می‌کند، یعنی آنچه را اقران زوج و کسانی که در سطح او هستند در این قبیل موارد می‌پردازند، به زن بپردازد. مقصود از اقران کسانی هستند که با مرد در وضعیت مالی مشابهی به سر می‌برند. خداوند در این باره می‌فرماید: «باکی نیست بر شما اگر طلاق دهید زنانی را که با آنها مباشرت نکرده‌اید (نزدیکی ننموده‌اید) و مهری مقرر نداشته‌اید، ولی آنها را به چیزی بهره‌مند سازید، دارا به قدر خود و نادار به اندازه‌ی خویش، به بهره‌ای شایسته‌ی او که سزاوار نیکوکاران است» (بقره، ۲۳۶).

طلاق پیش از مواقعه و بعد از وجوب مهر: چنانچه مرد زنش را پیش از دخول و بعد از تعیین مهر طلاق دهد، مکلف است که بازاء طلاق، نصف مهر را بپردازد، خداوند می‌فرماید: «و اگر زن‌هایی را طلاق دهید که با آنان مباشرت نکرده‌اید ولی مهر مقرر داشته‌اید، بایستی نصف مهر تعیین شده را به آنها بدهید، مگر آن که آنها خود یا کسی که امر نکاح به دست اوست درگذرند» (بقره، ۲۳۷).

طلاق پس از مواقعه: در صورتی که مرد پس از دخول، همسر خود را طلاق دهد باید همه‌ی مهر را بپردازد؛ هرچند بیشتر آن حال نباشد و مکلف است آنچه را به مناسبت ازدواج به خانه‌ی او آورده (جهازیه) یا در طی ازدواج تملیک نموده، مسترد دارد، خداوند می‌فرماید: «و اگر خواستید زنی را رها کرده به جای او زنی دیگر اختیار کنید و مال بسیاری بر او مهر کرده‌اید، البته نباید چیزی از مهر او بازگیرید. آیا با تهمت زدن به زن، مهر او را می‌گیرید؟ که این گناهی فاحش و زشتی آن آشکار است» (نساء، ۲۰).

و پس از طلاق نیز مرد مکلف است نفقه‌ی زوجه را بپردازد تا عده‌ی طلاق سرآمده و آماده‌ی ازدواج با مرد دیگری باشد، عده‌ی مطلقه بر حسب این که زن حامل باشد یا خیر، متفاوت است، اگر حامله باشد، عده‌ی طلاق تا زمان وضع حمل است. در این باره خداوند می‌فرماید: «... و زنان حامله عده‌شان تا وقت زاییدن است» (طلاق، ۴). و اگر حامله نباشد، عده‌ی طلاق با گذشت سه طهر پایان می‌گیرد. خداوند می‌فرماید: «و زنان مطلقه از شوهرکردن خودداری کنند تا سه طهر بر آنها بگذرد» (بقره، ۲۲۸) بنابر یک رأی، مقصود از

کلمه‌ی "قرء" که در این آیات استعمال شده، "حیض" است و به موجب رأیی دیگر، پاک شدن از حیض.

در این آیات که به مسئله‌ی طلاق اشاره شده است ملاحظه می‌شود که در بالاترین درجه از گستردگی و انعطاف‌پذیری قرار دارند و لذا برای هر عصر و مکانی شایستگی دارند و ضرورتی برای تغییر و تبدیل آنها نیست. تاریخ صحت این ادعا را ثابت کرده است زیرا بیش از سیزده قرن بر این آیات گذشته است ولی کماکان تازگی و شایستگی و ترقی روز نخستین نزول را هم‌راه دارند.

با آن که دین اسلام از سیزده قرن قبل برای زوجین حق طلاق را به رسمیت شناخته و این حق را با ضمانت اجراهای قوی و عادلانه احاطه کرده است، دنیای کنونی تا قرن بیستم با آن حق بیگانه بود و فقط در قرن بیستم آن را به رسمیت شناخت؛ حتی بعضی بر شریعت ایراد می‌گرفتند که حق طلاق را پذیرفته است. بعدها که روزگار برگشت و عصر دانش و ترقی پیش‌آمد و ملت‌ها پیش‌رفت کردند و دامنه‌ی عقول بشری گسترده شد، علما و اندیشمندان فهمیدند که اعلان حق طلاق، در حق زوجین، نعمت بزرگی بوده است و تنها راه رهایی از یک ازدواج ناموفق توأم با سوء رفتار و ناراحتی‌های روانی به حساب می‌آید و طلاق در صورتی که ازدواج با شکست مواجه گردد، تنها راه تأمین سعادت زوجین شمرده می‌شود، و زن و مرد را از ناپاکی و افتادن در وسوسه‌های شیطانی باز می‌دارد.

امروزه هیچ قانون عرفی را نمی‌توان سراغ گرفت که در آن حق طلاق به رسمیت شناخته نشده باشد ولی در این که حق طلاق در این قوانین در چه مواردی و تا چه حدی پذیرفته شده است، اختلاف است در بعضی از قوانین وضعی آن را بدون هیچ قید و شرطی پذیرفته‌اند و برخی در دایره‌ی محدود و تحت شرایطی آن را مجاز دانسته‌اند، مثلاً در قانون کشور روسیه، اصل طلاق بدون هیچ قید و شرطی پذیرفته شده است. این قانون در این مورد مبتنی بر اصلی است که شریعت اسلام آن را فقط درباره‌ی مرد صادق می‌داند ولی حق طلاق را هم درباره‌ی مرد و هم درباره‌ی زن بدون قید و شرطی مقرر داشته است. در قوانین برخی از ایالت‌های امریکا برای مرد و زن حق طلاق مقرر داشته شده است، به شرط آن که متقاضی طلاق بتواند وارد شدن ضرر مادی یا معنوی را از طرف دیگر ثابت کند. این قوانین هم بر قاعده‌ای استوار است که دین اسلام آن را شرط تقاضای طلاق از ناحیه‌ی زوجه تلقی کرده است. ولی در این قوانین، قاعده‌ی مزبور هم درباره‌ی مرد و هم درباره‌ی زن ضروری دانسته شده است.

در بیشتر قوانین عرفی، براساس تقاضای یکی از زوجین، اجازه‌ی طلاق مقرر دانسته

شده است ولی این موارد بسیار محدود است و برای تحقق آن وجود علل معینی ضروری می‌نماید، در این قوانین در خصوص مرد و زن وضعیتی مقرر شده که شریعت آن را فقط در خصوص زن، اگر متقاضی طلاق باشد، لازم می‌داند. در هر حال در این قوانین موجبات طلاق محدود بوده و دایره‌ی این تقاضا گسترده نیست.

بدین‌سان، جهان پس از ۱۳ قرن، نظر اسلام را درباره‌ی طلاق شناخته است و به آن عمل می‌کند و چه بسا پیش از پایان قرن بیستم، قوانین وضعی درباره‌ی طلاق گسترش بیشتری یابد و نظر اسلام به طور کامل پذیرفته شود.

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که جهان آن روز برای پذیرش نظریه‌ی طلاق آمادگی نداشته است، و این اصل از آن رو در دین اسلام آورده شد که یک آیین کامل و دایمی وجود آن را ضروری می‌دانست. مقصود دیگر از قبول و اعلان این اصل، ارتقای سطح فکری جامعه و ترقی و کمال آن بوده است.

۳۰. نظریه‌ی حرمت شرب خمر: اسلام خمر را حرام مطلق اعلام کرده و مجازات شرب آن را از کیفرهایی به حساب آورده است که حکومت نمی‌تواند مورد عفو قرار دهد و قاضی مجاز نیست آن را از حد مقرر پایین آورده یا با مجازات دیگری عوض کند و یا اجرای آن را متوقف سازد.

اسلام، حرمت شراب را یکباره اعلان نکرده، بلکه حرمت آن را به تدریج مقرر داشته است. زیرا شرب خمر میان عرب رواج داشت و یکی از وسایل شادی و خوش‌گذرانی آنان محسوب می‌شد. از این رو، سیاست قانون‌گذاری ایجاب می‌کرد حرمت شرب خمر به تدریج اعلام شود. اولین آیه‌ی حرمت، آیه‌ی ۴۳ سوره‌ی نساء بود که می‌فرماید «ای اهل ایمان، در حالی که مست هستید، نماز نخوانید، تا بدانید که چه می‌گویید»، پس خداوند مسلمانان را در حالت مستی از خواندن نماز منع فرمود. و چون نماز از واجباتی بود که باید انجام می‌دادند، ناچار بودند به اندازه‌ای شراب بنوشند که مست نشوند تا بتوانند نمازهای پنجگانه را در حد فاصل طلوع فجر و عشا اقامه کنند. شاید این موضوع آنان را وادار می‌کرد که درباره‌ی شرب خمر بیشتر فکر و از خود سؤال کنند. در آیه‌ی دوم از آیات حرمت خمر در مقام پاسخ به این سؤال چنین آمده است «ای پیامبر از تو از حکم شراب و قمار می‌پرسند، بگو در این دو گناه بزرگی است و سودهایی است مردم را، لیکن زیان گناه آنها بیشتر از سود آنست» (بقره، ۲۱۹) و پس از آن که مردم آمادگی برای ترک شرب خمر پیدا کردند، حکم قاطع در مورد حرمت آن نازل گشت: «ای اهل ایمان شراب و قمار و بت‌پرستی

و تیرهای گروبندی "ازلام"، همه‌ی این‌ها پلید و از عمل شیطان است، البته از آن دوری کنید تا رستگار شوید همانا شیطان قصد دارد که به وسیله‌ی شراب و قمار میانه‌ی شما عداوت و کینه برانگیزد و شما را از ذکر خدا و نماز باز دارد، پس آیا شما از آن دست بر می‌دارید؟» (مائده، ۹۰ و ۹۱).

از احکام شرعی چنین بر می‌آید که آنها در حد نهایی کلیت دارند و انعطاف‌پذیرند. و همین ویژگی آنها را برای اداره‌ی جهان آن‌روز صالح و توانا ساخت، و این صلاحیت را هم‌چنان پس ازگذشت ۱۳ قرن برای آن محفوظ داشته است و برای آتیه نیز، تا هر زمان که ادامه داشته باشد، محفوظ می‌دارد. پس اگر ما می‌گوییم شریعت اسلام تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد، بدان سبب است که ساختارش نیازمند تغییر و تعدیل نیست.

اسلام حرمت خمر را در ادامه‌ی تقاضای جامعه و به اقتضای جریان امور، اعلام نکرد؛ زیرا اندیشه‌ی حرمت شراب از اذهان مردم بسیار دور بود و مردم برای پذیرش حرمت آن آمادگی نداشتند، بلکه از آن رو شراب را حرام دانست که یک آیین کامل و دایمی به منظور ارتقای فکری جامعه و کمال و پیش‌رفت آن، آن را ایجاب می‌کرد و چون دنیای غیر اسلامی اکنون در اندیشه‌ی حرمت خمر هستند و مردم برای قبول حرمت آن آمادگی دارند، نشان می‌دهد که اسلام با اعلام حرمت خمر، مردم آن‌روز را دعوت کرده است تا ۱۳ قرن پیش‌رفته‌تر از زمان و عصر خود بیندیشند.

اسلام در قرن هفتم، جهان را به ترک شرب خمر و مردم را به قبول حرمت آن فرا خواند؛ این دعوت فقط درکشورهای اسلامی مورد قبول قرارگرفت و دیگرکشورها آن را نپذیرفتند و کماکان شراب در آنها حکومت می‌کرد، تا آن که اخیراً دانش تجربی ثابت کرد که شراب ضرر بزرگی دارد و تندرستی را از بین می‌برد، ثروت را نابود می‌سازد و عقل و نسب بشر را به تباهی می‌کشد و به جنین‌ها زیان جبران‌ناپذیری وارد می‌سازد با این ملاحظات است که دعوت به تحریم خمر، روز به روز بیشتر و شدیدتر می‌شود و گروه‌هایی با هدف مبارزه با شراب‌خواری تشکیل می‌شوند و در این راه با سرمایه‌گذاری به انتشار کتاب‌هایی نیز اقدام می‌کنند. امروزه دعوت به تحریم شراب، موفقیت چشم‌گیری یافته است، کمتر کشوری یافت می‌شود که در آن گروه‌های نیزومندی برای مبارزه با شرب خمر اعلام موجودیت نکرده باشد و دعوت و مبارزه‌ی آنان از طرف صاحب‌نظران و اصلاح‌طلبان مورد حمایت و تأیید قرار نگیرد در حدی که می‌توان گفت، امروزه دعوت به تحریم خمر، شکل جهانی و همگانی به خود گرفته است.

انسان می‌تواند تأثیر این دعوت‌ها را در قوانین قرن حاضر بیابد. ایالات متحده‌ی امریکا

از چندین سال قبل قانونی را وضع کرده است که به موجب آن مشروبات الکلی به طور کلی ممنوع است. دولت هند نیز از دو سال قبل در مجموعه‌ی قوانین آن کشور چنین قانونی را قرار داده است. این دو کشور از کشورهایی هستند که به طور کلی شرب خمر را ممنوع کرده‌اند اما بیشتر دولت‌ها در حد بسیار جزئی به دعوت جهانی حرمت خمر پاسخ مثبت داده و فروش و شرب خمر را در اماکن عمومی یا در ساعات معیّنی از روز ممنوع کرده‌اند. هم‌چنان که فروش یا تقدیم آن را به کسانی که به سن معینی نرسیده‌اند، جایز نمی‌دانند.

با توجه به توضیحات فوق، می‌توان ادعا کرد که دنیای کنونی پس از آن که علم، زیان بزرگ شرب خمر را به اثبات رساند، آماده‌ی پذیرش اندیشه‌ی حرمت خمر گردیده است، و دعوت به حرمت آن، راه خود را یافته است و این دعوت هر روز از طرف دانشمندان و اصلاح‌طلبان مورد تأیید قرار می‌گیرد. و دور نیست که همه‌ی دولت‌ها شرب خمر را ممنوع بدانند و بدین‌سان جهان کنونی نظر شریعت اسلام را پذیرفته است و تحت تأثیر آن حرکت می‌کند، و با این عمل، مسجّل می‌شود که جهان پس از آن که ۱۳ قرن به دعوت اسلام پاسخ منفی داده، امروز تسلیم حق شده است.

۳۱. نظریه‌ی تعدد زوجات: دین اسلام از روز نزول، تعدد زوجات را اجازه داده است، به شرط آن که زوج بداند، می‌تواند میان زنان خود عدالت را برقرار سازد. اگر مطمئن باشد که قادر به برقراری عدالت نیست؛ یا بترسد که نتواند عدالت را رعایت کند، حق ندارد بیش از یک همسر انتخاب کند و نیز اگر بداند که می‌تواند عدالت را رعایت کند، حق ندارد بیش از چهار همسر داشته باشد، خداوند می‌فرماید: «... پس آن کس از زنان را به نکاح خود درآورید که شما را نیکو، مناسب با عدالت است، دو یا سه یا چهار، و اگر بترسید عدالت را رعایت نکنید، پس تنها یک زن انتخاب کنید» (نساء، ۳).

دین اسلام مطابق منطق خود و طبیعت بشر حرکت کرده است و وقتی داشتن همسران متعدد را مجاز دانسته، آن را با هدف ازدواج منطبق کرده است.

اشاره شد که دین اسلام در اجازه دادن به اختیار کردن چند همسر، مطابق منطق خود عمل کرده است، این ادعا از آن رو مطرح می‌شود که اسلام زنا را به طور کلی حرام دانسته و شدیدترین کیفر را برای آن در نظر گرفته است، به طوری که زانی محصن، رجم می‌شود (یعنی با زدن سنگ کشته می‌شود). بنابر این، نباید مردم را از طرفی، از زنا باز دارد و از طرف دیگر به سوی زنا وادار کند. تردید نیست که حرمت تعدد زوجات، مردم را به طرف زنا می‌کشد، زیرا تعداد زنان دنیا از مردان بیشتر است و این تفاوت هر زمان که جنگ رخ

دهد و تکرار شود، رو به تزاید می‌گذارد و حرمت ازدواج جز با یک زن، باعث می‌شود که تعداد قابل توجهی از زنان نتوانند ازدواج کنند و محرومیت زن از ازدواج با آن که استعداد آن را دارد، باعث می‌شود که زن با نفس و غریزه‌ی خود مبارزه کند، و این مبارزه‌ای است که غالباً به تسلیم و شکست و تن دادن به زنا و بی‌عفتی منتهی می‌گردد. هم‌چنین مرد و زن از حیث استعداد جنسی با یکدیگر متفاوت هستند، زن همیشه آمادگی ندارد که مرد با او هم‌خوابگی کند، زیرا در هر ماه به طور متوسط یک هفته در حال حیض است و گاهی ایام حیض به دو هفته می‌کشد، و هم‌خوابگی با زن در حال حیض حرام است. هم‌چنین وقتی زن، فرزندی آورد در دوران نفاس که تقریباً چهل روز است، جماع با او حرام است. و نیز استعداد جنسی زن در دوران حاملگی ضعیف می‌شود؛ یا در روزهای آخر حاملگی به حداقل می‌رسد. اما استعداد جنسی مرد یکسان است و با اختلاف روزهای ماه و سال تفاوت نمی‌کند، اگر مرد نتواند بیش از یک همسر انتخاب کند، این معنا خیلی‌ها را به طرف زنا سوق می‌دهد زیرا نمی‌توانند بر غریزه‌ی جنسی خود در روزهای حیض و نفاس و روزهای آخر حاملگی مسلط باشند.

اما دراین‌باره که شریعت اسلام در پذیرش تعدد زوجات منطبق با غرایز بشری حرکت کرده است، با این ملاحظه است که غرایز جنسی را کاملاً مد نظر قرار داده، مرد یا زن را به امتحانی وادار نساخته است که اگر ده نفر از عهده‌ی آن برآیند صدنفر مردود می‌شوند و مردان را به انتخاب فقط یک همسر فرمان نداده است تا از این طریق بعضی از زنان مادام‌العمر بدون شوهر بمانند و در آرزوی مرد باشند و به او دست نیابند. همیشه خواب اولاد و خانواده را ببینند و خوابشان به واقعیت نرسد؛ در مقابل غرایز جنسی مقاومت کنند و در نتیجه دچار ضعف تندرستی و عقل و خدشه‌دار شدن شرافت و پاک‌دامنی شوند.

اسلام مرد را موظف نساخته است که فقط یک همسر انتخاب کند تا در دوران فترت استعداد جنسی زن، مانند روزهای حیض و نفاس و سایر روزها، تحت فشار غریزه‌ی جنسی بماند. زیرا مرد بیش از آنچه تسلیم عقل خود باشد به غریزه‌ی جنسی تسلیم می‌شود، در این مورد مانند زن است؛ هرچند طبیعت زن به وی یاری می‌کند تا غریزه‌ی خود را مهار نماید.

گفتیم که تعدد زوجات با هدف ازدواج هم سازگار است بدین ترتیب که غرایز جنسی، برای حفظ نوع در مرد و زن به ودیعه نهاده شده است و ازدواج به منظور تناسل و زاد و ولد و تشکیل خانواده تشریع گشته است. پس اگر مرد با یک زن نازا ازدواج کند و مجاز نباشد که همسر دیگری انتخاب کند، وظایف جنسی وی معطل مانده از انجام‌دادن هدفی که به منظور آن آفریده شده، باز می‌ماند و هدف اصلی از ازدواج نیز به دست نمی‌آید. هم‌چنین قدرت مرد برای تناسل محدود نیست و حال آن که قدرت زن برای زاد و ولد محدود است و فراتر

از آن نمی‌رود. مرد تا ۶۰ یا هفتاد سالگی می‌تواند بچه‌دار شود که غالباً سنین آخر عمر اوست. اما زن در میانه‌ی ۴۰ تا پنجاه سالگی قدرت بر حاملگی را از دست می‌دهد پس اگر مرد محروم باشد که همسر دیگری انتخاب کند، بدان معنا خواهد بود که وظیفه‌ی تناسلی او در نصف مدتی که از عهده‌ی آن بر می‌آید، معطل شود.

با ملاحظه‌ی مطالب فوق، مشخص می‌شود که اسلام تعدد زوجات را برای دفع ضرر و دفع تنگنا و تحقق برابری میان زنان و ارتقای سطح اخلاق مقرر داشته است و از حکمی که آن را بیان داشته چنین بر می‌آید که در حد بسیار عالی کلیت دارد و در نهایی‌ترین درجه‌ی انعطاف‌پذیری است، و این ویژگی صلاحیت و کارایی آن را که در ۱۳ قرن قبل آغاز شده، هم‌چنان محفوظ داشته و در آتیه نیز تا هر زمان که خدا بخواهد محفوظ خواهد داشت.

اعلان این حکم از سوی اسلام به اقتضای موقعیت جامعه نبوده است؛ چه، آن که عرب تعدد زوجات را بدون هیچ محدودیتی مجاز می‌دانست، و محدودیت آن را نمی‌پذیرفت. به طوری که پس از صدور حکم اسلام در مورد انتخاب فقط چهار همسر، عده‌ی زیادی از آنان ناچار شدند: فقط چهار زن از همسران خود را نگهدارند و دیگران را طلاق دهند، پس بیان و تشریع این حکم به منظور ارتقای سطح فکری جامعه بود و وجود آن در یک آیین کامل و دایمی که تغییر و تعدیل نمی‌پذیرد، ضرورت داشت.

حکم اسلام درباره‌ی تعدد زوجات تاکنون در قوانین عرفی پذیرفته نشده است؛ و حتی در گذشته یکی از موجبات عیب‌جویی و استهزای اسلام از جانب اروپاییان، به حساب می‌آمد، اما امروزه در جان و دل دانشمندان و اصلاح‌طلبان جای خود را باز کرده و در ردیف کتاب‌هایشان وارد شده است. کسی چه می‌داند، شاید زمینه برای پذیرش آن در قوانین عرفی نزدیک شده باشد؛ جنگ جهانی اوّل که در ۱۹۱۴ و جنگ جهانی اخیر که در ۱۹۳۹ رخ داد، هر دو به منظور آماده‌سازی اذهان برای پذیرش این نظر مؤثر بوده‌اند، زیرا عده‌ی زیادی از جنگ‌جویان کشته شدند و تعداد زیادی زن بیوه بر جای ماند و تعداد زنان نسبت به مردان به طور آشکار افزایش یافت.

واقعیت این است که جنگ تنها عاملی نبود که اروپاییان را وادار کرد تا درباره‌ی تعدد زوجات بیندیشند؛ بلکه عوامل متعددی در این کار سهیم بود که از جمله‌ی آنها رواج رفیقه‌گری است؛ به نحوی که دیده می‌شود، هر مردی چندین معشوقه دارد که با همسر وی در ثروت و مهر و محبت شریک هستند و چه بسا سهم هر یک از آنان در این امور، از همسر قانونی او بیشتر است و از آن‌جمله است، رواج زنا و جنایاتی که در نتیجه‌ی آن به وجود می‌آید. کمترین نتیجه‌ی زشت زنا، فراوانی فرزندان نامشروع است که به منظور فرار از ننگ

و عار در کنار خیابان‌ها رها می‌شوند و جنین‌هایی که در شکم مادرانشان به قتل می‌رسند، و از آن جمله است افزایش طبیعی تعداد زنان و نیاز آنها به این که روزی همسر و مادر باشند و از آن جمله است کم‌بود آشکار نسل در میان اروپاییان. این عوامل در کنار سایر موجبات، مردم را به‌صرافت انداخته است که درباره‌ی جواز تعدد زوجات به عنوان یک درمان طبیعی در مقابل این پدیده‌ها و بیماری‌های خطرناک اجتماعی بیندیشند.

۳۲. دلایل اثبات ادعا و قرارداد: در عبارتی از قرآن مجموعه‌ای از ادّله آمده است که همه‌ی آنها را در آیه‌ی دین = وام بیان کرده است که برخی از آنها پیوستگی محکمی به دیگری دارند. نگارنده در حدی به آنها می‌پردازد که امتیازات شریعت آشکار شود.

منظور از "آیه‌ی دین" این آیه‌ی مبارکه است که مقرر می‌دارد: «ای اهل ایمان چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمانی معین، باید که نویسنده‌ی درست‌کاری معامله میان شما را بنویسد و از نوشتن ابا نکند که خدای به وی نوشتن آموخته، پس باید بنویسد و مدیون امضا کند و از خدا بترسد و چیزی از آنچه مقرر شده نکاهد و نیفزاید و اگر مدیون سفیه یا صغیر است و صلاحیت امضا کردن ندارد، پس امضا کند ولیّ او به عدل و دو تن از مردان گواه آرید، و اگر دو تن مرد نیابید یک‌تن و دو زن هر که طرفین راضی شوند گواه گیرند که اگر یکی از آنها فراموش کند دیگری را در خاطر باشد و هرگاه شهود را (به مجلس قضا یا محکمه) بخوانند از رفتن امتناع نورزند و در نوشتن سند یا تاریخ معین آن مسامحه نکنید؛ چه معامله کوچک باشد یا بزرگ، این درست‌تر است نزد خدا و محکم‌تر برای شهادت و نزدیک‌تر به این که شک و تردیدی در معامله پیش نیاید که موجب نزاع شود مگر آن که معامله نقد حاضر باشد که دست به دست میان شما بگردد، در این صورت باکی نیست که ننویسید، و هرگاه معامله کنید در آن گواه گیرید و نباید به نویسنده و گواه ضرری متوجه گردد، اگر چنین کنید نافرمانی کرده‌اید، از خدا بترسید خداوند به شما تعلیم می‌دهد و خدا به هر چیز داناست» (بقره، ۲۸۲).

متن آیه‌ی فوق چند اصل قانونی و نظریه‌ی فقهی را در بر می‌گیرد که بااهمیت‌ترین آنها به شرح ذیل است:

۳۳. نظریه‌ی اثبات دین با نوشته: اسلام، نوشته را در اثبات دین مؤجل، خواه میزان وام بیشتر باشد یا اندک، به عنوان یک دلیل تلقی می‌کند. قرآن می‌فرماید «اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبوه» و «ولاتسأموا ان تکتبوه صغیراً او کبیراً الی اجله» انواع تعهدات و

التزامات تحت عنوان "دین" قرار می‌گیرند. زیرا "التزام" چیزی نیست، جز آن که نشان می‌دهد دینی در ذمّه‌ی متعهد و ملتزم، به نفع متعهدله وجود دارد. پس قرض و رهن و بیع به ثمن مؤجل و تعهد به جزای عمل و دیگر تعهدات تحت عنوان "دین" جای می‌گیرند.[۱]

اما تصرفات و داد و ستدهایی که در مجلس معامله تمام می‌شود تا زمانی که طرفین به تعهدات خود عمل می‌کنند، نوشتن آن واجب نیست؛ به عنوان مثال، کسی چیزی را خریداری می‌کند که در مقابل تسلیم مبیع ثمن را به فروشنده می‌دهد، این قبیل معاملات بدون نوشته و قرارداد نیز قابل اثبات است و تفاوت نمی‌کند که میزان معامله به چه مقدار باشد زیرا وقایع مادی، برخلاف تعهدات ممکن است از هر طریقی ثابت شود.

از ظاهر حکمی که مکتوب بودن قرارداد را واجب دانسته، چنین بر می‌آید که این حکم در حد بسیار زیادی، کلی و انعطاف‌پذیر است، و امروز نیز پس از گذشت قرن‌ها لازم الاجرا بوده و در آینده‌ی دور هم شایسته برای اجرا خواهد بود، و این یکی دیگر از ویژگی‌های دین اسلام است که آن را غیرقابل تعدیل و تغییر می‌سازد.

روزی که این حکم به پیامبر گرامی اسلام نازل گشت، ملّت عرب از سواد و دانش بی‌بهره بود و در اعماق بادیه و در بدترین شرایط، زندگی و امرار معاش می‌کردند. در میان این قبیل افراد، کمتر معامله‌ای رخ می‌داد که به قانون خاصی نیازمند باشد و اگر اسلام به مثابه‌ی قانونی بود که برای احتیاجات مردم وضع می‌شد، نباید در آن حکمی در خصوص اثبات تعهدات منعکس می‌گشت و یا باید متضمن حکم‌هایی می‌شد که با بی‌سوادی و نادانی ملّت عرب سازگاری داشته باشد، اما اگر شریعت بر بی‌سوادان فرض دانسته است که جزئیات و کلیات قراردادهای خود را بنویسند به لحاظ خصیصه‌ی مترقی بودن آن است که یک آیین کامل و دایمی هم‌چون اسلام از آن متمایز می‌گردد.

دین اسلام نوشتن قراردادها را میان بی‌سوادان واجب ساخته است تا آنان را به سواد آموختن وادار سازد و از این طریق حوزه‌ی ادراک و فرهنگ آنان را گسترش دهد؛ تا این جهان را به خوبی درک کنند و در حالی که به سلاح دانش مسلح گشته‌اند به منظور رقابت با ملت‌های دیگر و تفوق و چیرگی بر آنان شایستگی بیابند. این اهداف، اهداف سیاسی و اجتماعی محض است. و از نظر حقوقی نیز، هدف حفظ حقوق، و اتیان گواهی و گریز از تردید و تشکیک است.

بدین ترتیب وقتی دین اسلام، تنظیم قرارداد را خواه معامله کوچک باشد یا بزرگ،

---

۱. هم‌چنین ممکن است هر تعهدی مانند "دین" تلقی گردد؛ چنانچه مقصود از کلمه‌ی دین "قرض" باشد زیرا هر دوی آنها شیئی مقومی هستند که تعهد شده است پس از گذشت زمان معینی مسترد شوند.

واجب ساخته است، در مقابل ما نظریه‌ای را می‌گذارد که واجد وجوه سیاسی، اجتماعی و قانونی است. این نظریه که در قرن هفتم میلادی بر رسول اکرم (ص) نازل گردیده است از تازه‌ترین نظریه‌های قوانین وضعی و مکاتب جامعه‌شناسی جدید به شمار می‌رود. دولت‌ها از اواخر قرن ۱۹ و اوایل قرن کنونی، تعلیم اجباری شهروندانشان را اعم از مرد و زن مد نظر قرار داده‌اند و این فرض قانونی دقیقاً از بعد سیاسی و اجتماعی با نظر اسلام انطباق کامل دارد و از آن اتخاذ شده است. جنبه‌ی حقوقی نظریه‌ی مزبور را دولت‌ها از اواخر سده‌ی هجدهم و اوایل قرن نوزده میلادی به‌اجرا گذارده‌اند، چون قانون فرانسه که مأخذ سایر قوانین اروپایی است، مقرر می‌دارد که اگر مقدار دین از حد معینی بالاتر باشد، باید به صورت نوشته درآید ولی نویسندگان و شارحان حقوق، نظر داده‌اند که نظریه‌ی اثبات دین به صورت نوشته، کامل‌تر و موفقیت‌آمیزتر می‌بود اگر این شرط در معاملات کوچک و بزرگ، هردو، لازم‌الرعایه می‌شد. این نویسندگان به دفاع از نظر خود پرداختند؛ تا این که اخیراً برخی از دولت‌های اروپایی کاملاً آن را پذیرفتند. و نویسندگان و دانشمندان حقوق سایر دول کماکان از این نظر دفاع کرده‌اند و در آرزوی تحقق کامل آن به سر می‌برند.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که جدیدترین آراء روزگار کنونی، همان نظر شریعت اسلام است که به پذیرش برخی از قوانین وضعی منجر شده و دانشمندان حقوق برخی از دولت‌ها، خواستار اتخا آن توسط حکومت‌هایشان شده‌اند.

۳۴. نظریه‌ی اثبات تعهد و دین تجاری: چنانچه توضیح داده شد، اسلام برای اثبات دین، خواه مقدار آن کم باشد یا زیاد، کتابت را شرط کرده است، ولی دین تجاری[۱] را از این قاعده‌ی کلی و عمومی مستثنی کرده و اثبات آن را از طریق ادله‌ی اثباتی دیگر مقدور و مجاز دانسته است. خداوند می‌فرماید «مگر آن که معامله نقد حاضر باشد که میان شما دست به دست عوض شود، در این صورت اگر ننویسید باکی نیست» علت استثنای دیون تجاری از شرط کلی، در این است که در معاملات تجاری سرعت عمل لازم است و انتظار و تعلل مقبول نیست و دیگر آن که این معاملات از حیث تعداد و تکرار و تنوع زیاد و شرط "کتابت" موجب تنگنا و گرفتاری گردیده. گاهی فرصت کسب و معامله را از دست مشتری می‌رباید و باعث ایجاد خسارت برای فروشنده می‌گردد از این رو «کتابت» برخلاف معاملات مدنی در معاملات تجاری شرط نشده است.

---

۱. شریعت حالت ضرورت را نیز از قاعده‌ی کلی فوق استثنا کرده است. خداوند می‌فرماید «و اگر در سفر باشید و نویسنده‌ای نیابید برای وثیقه‌ی دِین، گرو گرفته می‌شود و اگر برخی، برخی را امین دانند، امانتش به او بسپارد» (بقره، آیه‌ی ۲۸۳).

حکمی که درباره‌ی این موضوع مقرر گردیده است، در آخرین حد، کلی و انعطاف‌پذیر است به نحوی که به‌رغم گذشت زمان به تعدیل و تغییر نیاز نیست، و قابلیت اجرایی این حکم در عصر کنونی مهم‌ترین دلیل این مدعاست با آن که ۱۳ قرن پیش نازل شده است.

کسی که از حال و روزگار و تاریخ ملت عرب در زمان نزول آن حکم باخبر باشد، می‌داند که این حکم به اقتضای جامعه نازل نگردیده است بلکه چون آیین کامل و دایمی اسلام در تکمیل خود بدان نیازمند است و برای این که سطح فکری جامعه بالاتر رود و در مسیر درست و شایسته حرکت کند، وضع و مقرر گردیده است.

بهترین دلیل در مترقی و کامل بودن دین اسلام این است که احکام آن در اثبات دین تجاری، همان نظریه‌ی پیشتاز کنونی در قوانین وضعی جدید است و این نظریات، تازه‌ترین مطلبی است که قانون وضعی در حال حاضر بدان دست یافته است.

۳۵. نظریه‌ی امضای قرارداد از سوی متعهد: اسلام رعایت قاعده‌ی کلی را در تنظیم قرارداد لازم شمرده و مقرر داشته است که متعهد یا به عبارت دیگر ضعیف‌ترین طرف قرارداد، آن را امضا کند. مقصود از قاعده‌ی کلی مزبور، حمایت از ضعیف در مقابل طرف نیرومند قرارداد است. چه بسا طرفِ نیرومند از موقعیت خود بهره‌برداری کند و شروط سنگینی را به ضرر طرفِ ضعیف در قرارداد بگنجاند، مثلاً اگر وام می‌دهد، بر مدیون سخت بگیرد و اگر کارفرماست، هر حقی را از کارگر بستاند و کل قرارداد را به نفع خود تنظیم کند و مدیون و کارگر به سبب ناتوانی نتوانند به نفع خود شرطی در قرارداد بگذارند؛ یا حقوق خود را حفظ کنند. از این رو اسلام امضای قرارداد از ناحیه‌ی طرف ضعیف را الزامی ساخته است که با این کار، حقوق وی محفوظ بماند و از گرفتاری و سردرگمی نجات یابد. دیگر این که در حین امضا، از شروط عقد کاملاً اطلاع حاصل می‌کند و به حدود تعهد خود آشنا می‌گردد.

این بیماری که اسلام از روز نزول آن را معالجه کرده است، یکی از بزرگ‌ترین مشکلات حقوقی در عصر حاضر است که در قرن گذشته در کشورهای اروپایی و در اثر رشد صنعت و شرکت‌های صنعتی و زیادی کارگران و کارفرمایان به وجود آمد. بارزترین وجه مشکلات فوق این است که کارفرما از احتیاج کارگر به کار و یا مردم به تولیداتش سوءاستفاده کرده به زیان کارگر و مصرف‌کننده شروط سختی را پیش‌بینی می‌کند که با بردباری و به ناچار آنها را می‌پذیرند زیرا قرارداد کار و یا مصرف به صورت مکتوب و حروف‌چینی شده، پیش روی کارگر یا مصرف‌کننده گذاشته می‌شود و آنان بنابر احتیاجی که به کار یا خرید کالا دارند، قرارداد را امضا می‌کنند و حال آن که این قرارداد همه‌ی مزایا را برای صاحب کار و

ناملایمات و گرفتاری‌های آن را برای کارگر و یا مصرف‌کننده در نظر گرفته است. این نوع عقد را امروزه اصطلاحاً "عقد اذعان"[۱] می‌گویند.

امروزه با تدوین قوانین وضعی بر آنند که این مشکل را برطرف کنند و توانسته‌اند با تعیین نرخ برای تولیدات، اختلاف میان تولیدکننده و مصرف‌کننده را به نفع مصرف‌کننده حل کنند. ولی از مشکلات موجود میان کارگر و کارفرما فقط بخش کوچکی از آن را حل کرده‌اند، مانند صدماتی که به کارگران وارد می‌شود و حقوقی که در صورت صدمه دیدن و یا اخراج کارگر، به او تعلق می‌گیرد. زیرا دخالت در تعیین شرایط کار میان کارفرما و کارگر، معمولاً به کار و تولید زیان می‌رساند و به این ترتیب بخش اعظمی از مسائل مانند مزد روزانه‌ی کارگر و ساعات کار، ایام مرخصی و از این قبیل، حل‌ناشده مانده است. از طرفی کارگران با تشکیل تعاونی‌ها و اتحادیه‌های کارگری و اعتصابات برای حل مشکلات فوق اقدام می‌کنند و از طرف دیگر به عقیده‌ی کارفرمایان، مشکل کارگران در صورتی حل می‌شود که شرایط کار از طرف آنها دیکته شود و البته برخی از نویسندگان و اندیشمندان نیز از این فکر حمایت می‌کنند. این حقی که کارگران در سرتاسر دنیا در پی آن هستند و برای تحقق آنها، اعتصاب می‌کنند و صلح و نظام اکثر دولت‌ها را در معرض تهدید قرار می‌دهند و در قوانین وضعی، بخشی از آن حق مد نظر قرار گرفته و در بخشی ناموفق بوده است و کارگران آرزو دارند در آینده‌ی نزدیک یا دور متحقق و رعایت شود، همان حقی است که اسلام به نفع ضعفا، در مقابل نیرومندان و متعهدها در مقابل متعهدلهم در نظر گرفته است. قرآن می‌فرماید: «باید، مدیون (طرف ضعیف) قرارداد را امضا کند و از خدا بترسد و چیزی از آنچه مقرر شده نکاهد و نیفزاید و اگر مدیون سفیه یا صغیر است و صلاحیت امضا کردن ندارد، پس ولی او به عدل امضا کند». (بقره، ۲۸۲) روشن است که این حکم، در حد بسیار زیادی، کلی و انعطاف‌پذیر است. این ویژگی‌هاست که نشان می‌دهد اسلام تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد.

این حکم به تنهایی دلیل پیش‌رفت، تکامل، ترقی و مبتنی بر عادلانه بودن آن است و اسلام آن را بیش از ۱۳ قرن قبل بیان کرده است و این در صورتی است که قوانین وضعی به‌رغم آن که ادعا می‌شود پیش‌رفته و مترقی هستند، حتی امروزه نیز در ارائه‌ی آن عاجز هستند.

---

۱. قراردادی که یکی از طرفین، امکان بحث در شرایط قرارداد را ندارد، مثل پیمان استخدام. معادل فرانسوی آن عبارت است از: contrat d'adhésion. ـ م. قابل توجه خوانندگان محترم: از این به بعد تمام زیرنویس‌هایی که در چهار جلد این اثر به (ـم) ختم می‌شود از مترجم است.

۳۶. نظریه‌ی حرمت خودداری از ادای شهادت: اسلام، افراد را از این که از ادای شهادت، چنانچه به گواهی فراخوانده شوند، خودداری ورزند بازداشته و از این که در صورت مشاهده‌ی واقعه‌ای آن را کتمان کنند یا آن را برخلاف واقع بیان کنند، منع کرده است. حکم حالت اوّل را در آیه‌ی دین بیان کرده است «ولا یاب‌الشهداء اذا مادعوا» مقصود از "خودداری" درموردی است که دعوت شوند تا به عمل یا واقعه‌ی معینی شهادت دهند و نروند. این حکم ناظر به تحمل شهادت است و نه به ادای آن. اما حالت‌های دوم و سوم در این آیات آمده است که «ولا تکتموا الشهاده و من یکتمهافانه اِثم قلبه» (بقره، ۲۸۳) و «ای اهل ایمان نگهدار عدالت باشید و برای خدا شهادت دهید، هرچند به ضرر خود یا پدر و مادر و خویشان شما باشد برای هر کس که شهادت دهید چه غنی باشد یا فقیر از آنها طرف‌داری نکنید، خدا به رعایت حقوق آنان اولی است، پیروی هوای نفس نکنید تا نگهدار عدالت باشید، اگر زبان را در شهادت بگردانید و یا از بیان حق خودداری کنید، خدا به هرچه کنید آگاه است» (نساء، ۱۳۵). این دو حکم، ویژه‌ی حرمت کتمان شهادت، یا امتناع از ادای آن و شهادت دروغ است.

امروزه قوانین عرفی در خصوص کتمان شهادت، و گواهی دروغ، نظر اسلام را اتخاذ کرده‌اند ولی به مرحله‌ی حرمت امتناع از تحمل شهادت نرسیده‌اند، و تردید نیست که اسلام دراین‌باره بر قوانین وضعی برتری دارد. زیرا مصلحت عمومی ایجاب می‌کند که دادو ستدها در میان مردم تسهیل گردد و در حفظ حقوق، معاضدت و تعاون برقرار باشد، و امتناع از تحمل شهادت و ادای آن در محکمه‌ای که لازم است، سبب می‌شود حقوق مردم تضییع گردد و معاملات مردم گره بخورد و کند شود. البته در برخی از عقود مانند عقد ازدواج، حضور شهود لازم است.

کسی که احکام ناظر به تحریم امتناع از تحمل شهادت و کتمان و یا تغییر آن را ببیند، آگاه خواهد شد که این احکام تا کجا، انعطاف پذیرند و چرا اسلام تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد.

اگر کسی میان دین اسلام و قوانین وضعی مقایسه کند، آگاه خواهد شد که اسلام در پیش‌رفت و کمال تا چه مرحله، فراتر رفته است و بر او معلوم می‌شود که احکام اسلام متناسب با تقاضای جامعه‌ی آن‌روز صادر نشده است، بلکه چون یک آیین کامل و دایمی به این قبیل احکام نیازمند است و برای این که سطح فکری جامعه هم‌طراز تفکر شریعت گردد، نازل گشته‌اند.

۳۷. احکام دیگر موجود در آیه‌ی دین: امروزه قوانین وضعی جدید، دو حکم از احکام چهارگانه‌ی فوق را که در آیه‌ی دین آمده است، اتخاذ کرده و در آغاز اتخاذ حکم سوم است

لکن حکم چهارم را نپذیرفته است. این مباحث، همه‌ی احکام مذکور در آیه‌ی دین را در بر نمی‌گیرد، بلکه برخی از احکام، مقرر در این آیه است، مثلاً آیه‌ی مزبور لازم می‌شمارد که نویسنده‌ی قرارداد بی‌طرف، عادل و به احکام شریعت در مورد قرارداد، عالم باشد و بر او واجب می‌داند که از نوشتن سرباز نزند و لازم می‌داند که دو مرد و یا یک مرد و دو زن شاهد "سند دین" باشند و مقرر می‌دارد، نباید به شاهد و نویسنده ضرر وارد آید. این‌ها، قواعد کلی است و در این کتاب که به حقوق جزای عمومی اختصاص دارد، نمی‌توان همه‌ی آنها را مورد بررسی قرار داد و اگر از اصول و نظریه‌های مربوط به قانون اساسی و اجتماعی و اداری و حقوقی سخن گفته شد، مقصود آن بود که ثابت شود اسلام در همه‌ی احکامش خصیصه‌ی کمال و دایمی و مترقی بودن را هم‌راه دارد؛ تا برخی گمان نکنند که این ویژگی‌ها در بعضی از احکام هست و در بعضی دیگر خیر.

۳۸. تذکر: قبل از آن که نگارنده به طرح موضوع بپردازد، علاقه‌مند است به مسلمانانی که به خطا، عقیده دارند اسلام برای اداره‌ی جامعه‌ی کنونی شایستگی ندارد، یادآوری نماید که عقیده‌ی مزبور با عقیده‌ی اسلامی سازگار نیست؛ اسلامی که، ایمان و عمل به آن را ادعا می‌کنند، از این رو مسلمین موظف هستند که این آیه را بخوانند «چرا به برخی از احکام کتاب ایمان آورده و به برخی کافر می‌شوید، جزای چنین مردم بدکردار چیست؟ جز ذلت و خواری در زندگی این دنیا و سخت‌ترین عذاب در آخرت است و خدا غافل از کردار شما نیست» (بقره، ۸۵). و این گروه باید بدانند که ریشه و علت عقب‌ماندگی و انحطاط ما در این است که در گذشته، عادلانه و مطابق شریعت عمل نکردیم و در دوران تاریک متأخر هم آن را به صورت کامل به کار نبستیم و حکام ما مطابق میل و هوای نفس خود حکومت می‌کردند و اسلام را در منافع و مضار خود زیرپا می‌گذاشتند و اگر علت عقب‌ماندگی ما رهاکردن شریعت و احکام آن است، اتخاذ قوانین وضعی نه تنها به حال ما مفید نیست بلکه هر روز بیش از روز قبل ما را به عقب‌ماندگی و انحطاط می‌کشد و درمان مفید در آن است که درخصوص علت عقب‌ماندگی فکر کنیم و به احکام شریعت برگردیم.

پدران و نیاکان ما، به برخی از احکام اسلام عمل و برخی را رها کردند؛ به برخی ایمان آوردند و به برخی کافر شدند، وعده‌ی خداوند راست آمد، که وعده‌ی او حق است، آنها را در دنیا خوار و ذلیل کرد. ما هم در پی آنها آمدیم و ایمان ما به‌سان آنان است، خداوند ما را نیز ذلیل و خوار ساخت، چنانچه آنان ذلیل و خوار شدند، و دیگران را بر ما مسلط ساخت، چنانچه آنان نیز تحت سلطه قرار داشتند. و چنین بود که مایه‌ی عبرت و تنبیه خردمندان

قرارمان داد. این وضعیت دگرگون نمی‌شود، مگر آن که خود را تغییر دهیم و از جان و دل به همه‌ی کتاب مؤمن باشیم. وعده‌ی خداوند چنین است؛ او می‌فرماید: «خدا حال هیچ قومی را دگرگون نخواهد کرد تا زمانی که آن قوم حالشان را تغییر دهند» (رعد، ۱۱).

مسلمانان اولیه ایمان آوردند، و به راستی ایمان آوردند، خدا به آنان در روی زمین اقتدار بخشید، خدایی که آنها را به رغم قلت تعداد و ضعف عمل، اقتدار داد، قادر است بر ما نیز آن اقتدار را بخشد. به شرط آن که ایمان بیاوریم و به راستی ایمان بیاوریم. خداوند به بندگانش وعده داده است: «و خدا به کسانی از شما مؤمنان که ایمان آورد و نیکوکار گردد، وعده داده است که در زمین خلافت دهد چنانچه امم صالح و پیامبران سلف جانشین پیشینیان خود شدند» (نور، ۵۵). و به کسانی که از کتاب تبعیت و به شریعت عمل کنند نیز وعده داده است، خداوند می‌فرماید: «از جانب خداوند برای هدایت شما نوری عظیم و کتابی به حقانیت آشکار آمد، خدا با آن کتاب هرکس را که از پی رضا و خشنودی، راه سلامت پوید هدایت کند و او را از تاریکی جهل و گناه بیرون آورد و به عالم نور داخل گرداند و به راه راست رهبری کند» (مائده، ۱۶).

۳۹. شیوه‌ی بررسی - بحث و بررسی این قسم ایجاب می‌کند از دو موضوع سخن گفته شود: اول، جرم؛ دوم، مجازات.

نگارنده هر یک از دو موضوع یاد شده را ذیل عنوان باب بررسی کرده است. و چون مطالعه‌ی "جرم" ایجاب می‌کرد که اوصاف عمومی و ارکان آن بررسی شود، از این رو کتاب اوّل خود بر دو قسم است: در قسم اول، به بحث از جرم به طور کلی پرداخته شده و در قسم دوم، ارکان آن مورد بحث قرار گرفته است و هر یک از دو قسم، حسب مورد، متضمن بخش، فصل، و مبحث است.

در مبحث مجازات، از ماهیت مجازات، و اصولی که مجازات بر آنها استوار است، اقسام و انواع و تعداد و نحوه‌ی اجرای آن و قصاص و سقوط مجازات سخن به میان آمده، ضمن آن که هر یک از موارد فوق نیز در باب خاصی بیان شده است.

باب اول

جـرم

۴۰. در این باب به بحث و بررسی دو موضوع: اوّل ماهیت جرم؛ و دوم انواع جرم پرداخته شده که هر یک ذیل عنوان "بخش" بررسی خواهد شد.

بخش اول

ماهیت جرم

۴۱. تعریف جرم: جرایم از دیدگاه شریعت عبارت‌اند از: محظورات یا منهیات شرعی که خداوند مرتکب آنها را با حد یا تعزیر مجازات می‌کند.[۱] مقصود از "محظورات" این است که کسی کار ناشایست و نهی‌شده‌ای را انجام دهد یا از انجام دادن کاری که باید صورت بگیرد، سرباز زند. افزون شدن صفت "شرعی" به محظورات، نشان می‌دهد که مقصود از جرم آن است که شرعاً جرم و بزه تلقی شود.

با توضیحات فوق، جرم عبارت خواهد بود از انجام دادن یا ترک فعلی که شرعاً مجازات دارد. به عبارت دیگر، فعل یا ترک فعلی که شرعاً حرام است و مجازات دارد.

از تعریف جرم چنین بر می‌آید که فعل و ترک فعل در صورتی بزه تلقی می‌شود که مجازات داشته باشد. فقها از مجازات‌ها به "اجزیه" که مفرد آن "جزاء" است تعبیر می‌کنند. پس اگر فعل یا ترک فعل فاقد مجازات باشد، جرم محسوب نمی‌گردد.

موضع اسلام در تعریف جرم با قوانین وضعی جدید کاملاً یکسان است. این قوانین جرم را به فعلی که قانوناً ممنوع است یا ترک فعلی که مجازات دارد تعریف کرده‌اند و فعل و ترک فعل نیز از دیدگاه قوانین وضعی در صورتی جرم تلقی می‌شود که مطابق قانون جزا قابل مجازات باشد.[۲]

---

۱. ماوردی، *الاحکام السلطانیه*، ص ۱۹۲.

۲. علی‌بیک بدوی، *الاحکام العامة فی القانون الجنائی*، ج اول، ص ۳۹؛ *الموسوعة الجنائیه*، ج ۳، ص ۶.

۴۲. جرم و جنایت: فقها غالباً از جرم، به لفظ جنایت تعبیر می‌کنند. در لغت به هر آنچه انسان به دست می‌آورد، اعم از شرّ و سایر دست‌آوردها، جنایت گفته می‌شود، جنایت اسم مصدر است از فعل "جنی علیه شراً" به این معنا "جنایت" عام است ولی به اعمال حرام اختصاص یافته است. جنایت در اصطلاح فقهی عبارت است از فعلی که شرعاً حرام است، اعم از آن که علیه شخص یا مال و یا غیر از این دو صورت بگیرد. لیکن اکثر فقها لفظ جنایت را بر جرایم علیه انسان و اعضای بدن او، که عبارت‌اند از قتل و ضرب و جرح و سقط جنین[1] اطلاق می‌کنند. در حالی که برخی از آنان فقط در حدود و قصاص، لفظ جنایت را به کار می‌برند.[2]

اگر از عرف فقها، در خصوص استعمال لفظ جنایت فقط در برخی از جرایم چشم‌پوشی شود می‌توان گفت که در فقه، جنایت با جرم مترادف است.

معنای جنایت به شکلی که در قانون جزای مصر آمده است، با شریعت متفاوت است. این قانون، عمل را در صورتی جنایی می‌داند که مجازاتش اعدام یا حبس دایم با اعمال شاقه و یا حبس موقت با اعمال شاقه باشد. براساس مادّه ۱۰ قانون جزای مصر، اگر مجازات جرمی بیش از یک هفته زندان یا بیش از صد قرش جزای نقدی نباشد، جنحه است و اگر حبس کمتر از یک هفته و جزای نقدی کمتر از یکصد قرش باشد، براساس ماده‌های ۱۱ و ۱۲ قانون اشعاری، خلاف است. امادر اسلام هر جرمی جنایت تلقی می‌شود؛ خواه مجازات آن زندان و جزای نقدی باشد یا مجازات شدیدتری در نظر گرفته شود. بدین ترتیب، خلاف و جنحه از دیدگاه شریعت، جنایت تلقی می‌شود، و جنایت مورد نظر قانون نیز شرعاً جنایت است.

پایه‌ی اختلاف میان اسلام و قانون عرفی در این است که شریعت هر جرمی را از هر درجه‌ای که باشد "جنایت" می‌داند، اما از دیدگاه قانون، جرایم بزرگ، جنایی تلقی می‌شوند.

۴۳. علت تحریم و مجازات: اعمالی جرم به حساب می‌آید که به انجام دادن آنها دستور داده شده یا ترک آنها مقصود و منظور است، زیرا انجام‌دادن و ترک آنها به نظام جامعه یا عقاید آن؛ یا به زندگی افراد یا اموال یا نوامیس یا احساسات آنان و یا به امور قابل توجه مردم که باید رعایت شود و مورد تعدی و تفریط قرار نگیرند، زیان می‌رساند.

---

۱. *البحرالرائق*، جلد ۸، ص ۲۸۶؛ *الزیلعی*، جلد ۶، ص ۹۷.
۲. *تبصرة‌الحکام*، جلد ۲، ص ۲۱۰.

مجازاتی که برای جرم در نظر گرفته می‌شود، برای آن است که مردم را از ارتکاب آن باز دارد، زیرا نهی از انجام‌دادن کاری یا دستور به انجام‌دادن آن، به‌تنهایی کافی نیست؛ تا مردم به انجام دادن یا ترک آن وادار شوند. اگر مجازات پیش‌بینی اوامر و نواهی، اموری بی‌جهت و باطل به حساب می‌آمدند، مجازات است که به امر و نهی قانون معنا می‌دهد و انسان را امیدوار می‌سازد که نتیجه‌ی مورد نظر را از آنها به دست آورد و مجازات است که مردم را از ارتکاب جرایم باز می‌دارد و از شیوع تباهی و فساد جلوگیری می‌کند، و مردم را وادار می‌سازد تا از آنچه زیان می‌رساند دوری جویند و چیزی را انجام دهند که خیر و صلاحشان در آن است.

مجازات‌ها هرچند برای حفظ مصلحت عمومی وضع گردیده‌اند به خودی خود متضمن مصلحت نبوده‌اند و فی‌نفسه مفسده دارند، ولی شریعت از آن‌رو مجازات‌ها را تشریع کرده است که اجرای آنها مصلحت واقعی مردم را تضمین می‌کند، و چه بسا جرایمی یافت شود که فی‌نفسه مفید و حاوی مصلحت باشند لکن شریعت ارتکاب آنها را جایز ندانسته است؛ زیرا انجام‌دادن آنها منتهی به فساد می‌گردد، مثلاً، زنا و شرب مسکر و کلاه‌برداری و سرقت مال غیر و ترک انفاق و ندادن زکات ممکن است به نفع و مصلحت برخی از افراد باشد ولی این نوع مصالح از نظر اسلام اعتبار ندارد و ممنوعیت آنها نه به دلیل وجود این نوع مصلحت‌ها، بلکه چون انجام‌دادن آنها جامعه را فاسد و تباه می‌سازد، ممنوع شده‌اند.

اعمالی که مصلحت یا فساد محض باشند بسیار اندک هستند و غالب اعمال، هم متضمن نفع و مصلحت هستند و هم واجد ضرر و مفسده، و انسان به صورت طبیعی در پی چیزی می‌رود که نفع آن بر زیانش غالب باشد و از حالت عکس گریزان است. ولی در این گزینش، فقط خود را در نظر می‌گیرد و نه جامعه را، و به دنبال منفعت و صلاح خویش می‌رود؛ هرچند به زیان جامعه باشد و از چیزی که به وی زیان می‌رساند، می‌گریزد؛ هرچند به نفع جامعه باشد. مجازات‌ها که قدرت تهدید و بازدارندگی و ترسانیدن دارند برای درمان و معالجه‌ی این خصلت تشریع گردیده‌اند. انسان وقتی مصلحت خود را در نظر می‌گیرد و مجازاتی را که برای آن مورد مقرر شده، مد نظر قرار می‌دهد، به صورت طبیعی و بدان سبب که مفسده‌اش (مجازات‌های پیش‌بینی شده) بر مصلحت آن برتری دارد از انجام‌دادن آن سرباز می‌زند و همین‌طور، وقتی امر واجبی را پیش روی خود می‌بیند و زحماتی که انجام‌دادن آن دربردارد، مد نظر قرار می‌دهد، وسوسه‌ی ترک آن امر در دل او جای می‌گیرد ولی وقتی متوجه می‌شود که ترک آن چه عقوبتی دارد، به انجام‌دادن آن وادار می‌شود و تحمل آن زحمت را بر خود هموار می‌سازد. بنابراین مجازات‌ها بدان سبب وضع شده‌اند که

مردم به انجام‌دادن آنچه دوست نمی‌دارند، تا زمانی که مصلحت جامعه را تأمین می‌کند، وادار شوند، و از انجام‌دادن چیزی که دوست می‌دارند، تا زمانی که باعث فساد جامعه می‌شود، سرباز زنند و این نکته مصداق فرمایش پیامبر (ص) است که می‌فرماید: «بهشت با ناملایمات و جهنم با شهوات احاطه شده‌اند».

مسلماً انسان‌هایی هستند که از اوامر و نواهی به طور کامل تبعیت می‌کنند، این عمل آنها به‌علت وجود مجازات یا ترس که معمولاً مایه‌ی عبرت دیگران است، نیست، بلکه ازین نظر که اجرای اوامر الهی را برخورد واجب می‌دانند، مایل نیستند نافرمانی کنند و نیز رعایت مصلحت جامعه را بر منافع خود واجب می‌دانند؛ ولی این قبیل افراد بسیار اندک هستند و احکام و قوانین، ناظر به اکثریت است و موارد نادر را مد نظر قرار نمی‌دهد.

خلاصه‌ی آنچه گذشت این است که دین اسلام برای حفظ مصلحت جامعه و نگهداری از نظامی که جامعه بر آن استوار است و تضمین بقای جامعه و آراستن آن با زیور اخلاق حسنه، برخی از اعمال را جرم تلقی و برای آنها مجازات تعیین کرده است.

خداوندی که این احکام را تشریع کرده و به انجام‌دادن آنها دستور داده است، ازگناه هیچ گناه کاری، هرچند همه‌ی مردم روی زمین باشند، ضرر و زیانی نمی‌بیند. و از اطاعت هیچ فرمان‌برداری، هرچند تمام مردم باشند، منتفع نمی‌شود. لیکن، ترحم و رحمت بر بندگانش را بر خود فرض دانسته و پیامبران را برای بسط این ترحم فرستاده است تا مردم را از نادانی برهانند و ازگم‌راهی نجات دهند، ازگناهان باز دارند و به اطاعت و فرمان‌بری برانگیزند.

۴۴. شریعت و قانون: اسلام با قوانین وضعی در هدف از مجازات‌ها که حفظ نظام و تضمین بقای آن و مصلحت جامعه است موافق است لیکن به‌رغم این اتفاق ظاهری، در دو مورد با قوانین وضعی اختلاف دارد.

۴۵. اوّلین اختلاف میان اسلام و قوانین عرفی: اسلام اخلاق حسنه را یکی از برترین پایه‌هایی می‌شمارد که جامعه بر آن استوار است و از این رو، شدیداً از اخلاق حمایت می‌کند. شدت این حمایت به حدی است که هر عمل خلاف اخلاق را قابل مجازات می‌داند. اما در قوانین وضعی به مسائل اخلاقی اهمیت خاصی داده نمی‌شود؛ جز در آنجا که مخلّ منافع مستقیم اشخاص یا امنیت جامعه و نظم عمومی باشد، مثلاً در قوانین وضعی، زنا در صورتی قابل مجازات است که یکی از طرفین به انجام‌دادن آن مجبور شود؛ یا رضایت یکی از طرفین معلول باشد. زنا در این دو حالت با منافع افراد بستگی دارد، چنانچه به امنیت

عمومی نیز زیان می‌رساند. اما دین اسلام در هر حال و به هر شکلی زنا را قابل مجازات می‌داند؛ زیرا جرمی است که با اخلاق تصادم دارد و در صورتی که اخلاق فاسد شود، جامعه به فساد کشیده می‌شود و به سوی اضمحلال پیش می‌رود. در بیشتر قوانین وضعی، شرب خمر مجازات ندارد و نفس مستی قابل مجازات نیست، و فقط اگر کسی به حالت مستی آشکار در ملاء عام دیده شود، مجازات می‌بیند. زیرا رفتار او در این حالت مردم را در معرض ایذا و اذیت قرار می‌دهد. بنابر این، مجازات پیش‌بینی شده، به‌علت مستی که فی‌نفسه عمل پلیدی است، مقرر نگردیده است و هم‌چنین منظور این نیست که شرب مسگر به تندرستی زیان می‌رساند، مال و ثروت را از بین می‌برد و اخلاق را فاسد می‌کند. اما اسلام، مجرد شرب خمر را، حتی اگر متهم مست نشود، مجازات می‌کند زیرا به این جرم از نظر اخلاقی می‌نگرد که می‌دانیم ملاحظات و جهات متعددی را در برمی‌گیرد و در صورتی که اخلاق حفظ شود، سلامتی، نوامیس و اموال و جان مردم هم محافظت شده، امنیت و نظم عمومی نیز دست نخورده باقی می‌ماند.

این که حقوق اسلامی تا این حد به اخلاق اهمیت می‌دهد، از آن روست که بر دین استوار است و دین به اخلاق نیکو فرمان می‌دهد و برتری‌ها و فضایل را تشویق می‌کند و مردم را به خلق جامعه‌ی صالح و نیکوکار ره‌نمون می‌گردد و چون دین تغییر و تبدیل و زیادتی و نقصان نمی‌پذیرد، این حقوق نیز مادامی که اسلام زنده است در حمایت از اخلاق جدی است و کسی را که به ساحت آن تعدی کند شدیداً مجازات می‌کند.

علت این که در قوانین وضعی، اهمیت چندانی برای اخلاق دیده نمی‌شود در این است که بر مذهب استوار نیست و بر واقعیات و آداب و رسوم و ملاحظات عملی مردم اتکا دارد.

قواعد قوانین وضعی علی‌الاصول با مصحلت‌اندیشی‌های افراد شاخص جامعه و مشارکت حاکمان آن وضع می‌گردد و آنان در هنگام وضع و تصویب، از هواها و تمایلات نفسانی و ناتوانی بشری و کشش درونی برای رهایی از قید و بند، تأثیر می‌پذیرند. همین طور این قواعد، برحسب تمایلات و خواسته‌های حکومت‌ها قابل تغییر و تبدیل هستند. از این رو طبیعی است که در قوانین وضعی لحظه به لحظه مسائل اخلاقی نادیده انگاشته شود و روزگاری فرا رسد که بی‌بندوباری یک قاعده تلقی شود و رعایت اخلاق یک استثنا و احتمالاً کشورهایی که مطابق قوانین وضعی رفتار می‌کنند، هم‌اکنون به این حد رسیده باشند.

نتایج حاصل از این تفاوت‌ها به وضوح دیده می‌شود، مثلاً در کشورهایی که مطابق حقوق اسلامی عمل می‌شود، اعمالی که منتج به جرایم اخلاقی می‌گردد، گستره‌ی خود را از دست می‌دهد و سطح ارزش‌های اخلاقی و معنوی در حد اعلی رشد می‌کند و بالا

می‌رود و بالعکس در دولت‌هایی که از قوانین عرفی تبعیت می‌کنند، سطح اخلاق و ارزش‌های معنوی به نازل‌ترین درجه کاهش می‌یابد و ارزش‌های مادی رشد می‌کند. و از طرفی بی‌بندوباری حیوان مآبانه، رشد و گسترش می‌یابد و چهره‌ی انسانیت خدشه‌دار می‌گردد و اعمالی که جرم اخلاقی به حساب می‌آید کاهش می‌پذیرد و حتی از بین می‌رود.

۴۶. دومین اختلاف میان حقوق اسلامی و قوانین عرفی: منشأ و سرچشمه‌ی حقوق اسلامی، خداوند است؛ زیرا بر دین استوار گردیده و دین از جانب خداست. اما منشأ قوانین موضوعه، انسان‌های عادی هستند که آن را وضع می‌کنند. اگر کسی جرایم و مجازات‌ها را در حقوق اسلامی بررسی کند، خواهد دید که مجازات پاره‌ای از اعمال را که جرم به حساب می‌آیند قرآن بیان کرده است و برخی دیگر بر اثر گفتار یا کردار پیامبر (ص) جزء مجازات‌ها به حساب آمده‌اند و در موارد دیگر، تعیین بزه و مجازات آن به عهده‌ی هیئت حاکمه گذاشته شده است و البته این هیئت، فعال مایشاء نیست بلکه در تعیین جرم و کیفر مقید است به این که قواعد عمومی حقوق اسلامی و روح آن را رعایت نماید. هم‌چنین حق ندارد چیزی را که خداوند حرام ساخته، حلال یا آن را که حلال دانسته، حرام بداند و نیز حق ندارد غیر از مجازات تعیین شده، مجازات دیگری در نظر بگیرد یا چیزی را که با قواعد عمومی و روح آنها مخالف است اعمال نماید. از این رو می‌توان گفت که بخش جزائی حقوق اسلامی کلاً از جانب خداوند آمده است؛ هرچند بیان برخی از جرایم و تعیین کیفر آنها، به عهده‌ی بشر گذاشته شده این مقدار هم تا وقتی اعتبار دارد که در چارچوب آنچه خداوند بر پیامبرش (ص) نازل کرده است، صورت پذیرد.

۴۷. نتایج مترتب بر نزول حقوق اسلامی از جانب خداوند: نزول حقوق اسلامی از جانب خداوند دربرگیرنده‌ی دو نتیجه‌ی با اهمیت است:

نتیجه‌ی اول: ثبات قواعد شرعی و استمرار آنها؛ حتی اگر هیئت حاکمه و نظام‌های حکومتی تغییر یابند این قواعد ثابت و لایتغیر است؛ خواه هیئت حاکمه محافظه‌کار باشند یا نوآور و تجددطلب؛ اعم از این که نظام حکومتی، جمهوری باشد یا سلطنتی: این امور در قواعد شرعی بدون تأثیر است زیرا به هیئت حاکمه یا سیستم حکومتی مرتبط نیستند بلکه به اسلام ارتباط دارند که تغییر و تبدیل نمی‌پذیرد؛ اسلامی که بنا به فرض، هر حاکمی به آن ایمان دارد و هر نظامی در خدمت اوست. قضیه در قوانین وضعی چنین نیست، قوانینی که حکام برای حمایت از اصول مورد قبولشان به منظور خدمت به سیستم‌هایی که به پا داشته‌اند

وضع می‌کنند، دایماً در معرض تغییر هستند و بی‌ثباتی خصیصه ذاتی آنهاست و کافی است که هیئت حاکمه یا نظام موجود تغییر یابد تا قوانین نیز عوض و اوضاع دگرگون شود.

نتیجه‌ی دوم: پاس‌داری و احترام به قوانین شرعی. در این مورد حاکم و محکوم هر دو یکسان هستند، زیرا معتقدند که قوانین شرعی از جانب خدا نازل گردیده و رعایت آنها واجب است. نفس همین عقیده مردم را وادار می‌سازد تا از قواعد شرعی اطاعت کنند چون مطابق قواعد دین، اطاعت از آنها، مردم را به خداوند نزدیک می‌سازد. دیگر آن که در نتیجه‌ی ارتکاب گناه، مرتکب هم در دنیا مجازات می‌شود و هم در آخرت مجازات شدیدتری در انتظار اوست. انتساب حقوق اسلامی به خداوند باعث می‌شود که اشخاص به آن احترام بگذارند و تبعیت کنند. ارزش هر مذهبی در جهان به اندازه‌ی احترام و اطاعتی است که مردم به آن قایل هستند و در جهان کنونی آیینی وجود ندارد که در این باره به پایه‌ی اسلام برسد. تردید نیست که هر چند احترام و اطاعت اشخاص از دینشان فزونی یابد، کارهایشان ثبات و استقرار پیدا می‌کند و روزگارشان بهتر می‌شود و در انجام‌دادن امور دنیوی فارغ‌البال می‌شوند.

اما قوانین وضعی را آن‌چنان که بیان شد هیئت حاکمه وضع می‌کند و در زمان وضع، گروه حاکم منافع خود را در نظر قرار می‌گیرد نه منافع گروه‌های دیگر را، از این رو، تلاش می‌کند که با تکیه بر قوانین، از افراد گروه و اصول مورد قبول خود و سیستم‌هایی که به وجود آورده، حمایت کند. همین که گروه حاکم تغییر یافت و افراد دیگری به حکومت رسیدند به منظور حمایت گروه جدید، قوانین نیز عوض می‌شوند. این تغییر در فواصل زمانی مستمراً به وجود می‌آید و باعث می‌شود که قانون، مورد احترام نباشد و شکوه و اقتدارش از ذهن مردم برود و حتی منجر به این شود که هیچ اهمیتی برای آن قایل نباشند؛ حتی امروزه شاهد هستیم که احزاب مخالف، هوادارانشان را تشویق می‌کنند که قانون را سبک بشمارند و به آن عمل نکنند؛ تا در نتیجه‌ی فلج شدن آن، به اهداف خود نایل آیند. احزاب مخالف و صاحبان دعوت جدید یا هرج و مرج‌طلبان در آنچه ادعا می‌کنند هیچ محظوری ندارند، زیرا می‌بینند که قانون را افراد دیگری همانند آنان در حمایت از کسانی وضع کرده‌اند که بهتر از آنان نیستند و یا برای حمایت از سیستمی وضع گشته‌اند که از نظر آنان بسیار زشت است. شاید امروزه نتیجه‌ای که در کشورهای اروپایی از تغییر سیستم‌ها و حکام و شکل حکومت‌ها پدیدار گشته است دلیل قانع‌کننده‌ای باشد بر این که نفوذ و اقتدار قانون بر مردم از میان رفته است و اگر اوضاع به این روال بگذرد، همه‌ی ارزش قوانین از میان می‌رود و در نهایت به صورت ورق پاره‌ای مکتوب در می‌آید.

نباید فراموش شود که انتساب حقوق اسلامی به خداوند، بیان واقعیت است و البته منطقی. مؤمنین به این عقیده که دین اسلام از طرف خداوند آمده است، باید ایمان داشته باشند که حقوق اسلامی نیز از جانب اوست. زیرا شریعت فی‌نفسه قواعد قانونی دین اسلام است و احکامش عبارت‌اند از معاملات، عبادات و احوال شخصیه و جزائیات و غیره. هدف شریعت این نبوده است که در خدمت یک فرد، گروه، هیئت، جنس و یا سیستم معینی باشد، بلکه برای خدمت به نوع بشر، بدون در نظر گرفتن تفاوت در رنگ و زبان و آداب و رسوم، نازل شده است. هم‌چنان که هدف دیگرش ایجاد برابری و عدالت میان انسان‌ها و تسهیل امور است. انتساب شریعت به خداوند متعال نفعی برای او که از خلق بی‌نیاز است، ندارد. بلکه به حال جامعه‌ی گم‌راه مفید است که به هدایت و ثبات احتیاج دارد؛ اعتماد و اطمینان را به آن بر می‌گرداند و آن را به زندگی زیبا و پاکی ارتقا می‌دهد که بر مهر و ایثار و برابری و عدالت استوار است.

۴۸. جرایم تأدیبی یا تخلفات اداری: فقها به عکس حقوق‌دانان کنونی میان جرم جنایی و جرم تأدیبی یا تخلف اداری تفاوت نگذاشته‌اند، علت این امر از طرفی در طبیعت مجازات‌های شرعی است و از طرف دیگر عدالت آن را ایجاب می‌کند. جرایم از دیدگاه حقوق اسلامی عبارت‌اند از حدود و قصاص و تعزیرات؛ تخلف اداری اگر از عداد حدود و قصاص نباشد از جرایم تعزیری است پس چنانچه تخلف اداری بزهی تلقی شود که مجازاتش حد یا قصاص است مرتکب به تحمل آن محکوم می‌شد و در صورتی که متهم به اعتبار ارتکاب جرم جنایی محاکمه و به تحمّل مجازات آن محکوم گردد، این امر مانع از آن خواهد بود که دوباره محاکمه‌ی تأدیبی شود و مجازات تأدیبی آن را هم تحمل کند؛ زیرا مجازات‌های تأدیبی، همان مجازات‌های تعزیری است که از دیدگاه شریعت، جنایی تلقی می‌شود. پس اگر متهم دوباره محاکمه شود به این معنا خواهد بود که به ازای ارتکاب یک جرم، دوبار مجازات گردد، ورای آن که کیفر حد و قصاص، شدیدترین مجازات است و اعمال آنها در تأدیب و انزجار متهم نیز کفایت می‌کند.

در صورتی که متهم کارمند دولت باشد در صورت اثبات اتهام، ممکن است از کار برکنار یا معلق شود که در این صورت می‌توان اخراج یا تعلیق را مجازات تعزیری به حساب آورد که سبب آن، ارتکاب بزه است و می‌توان گفت که اخراج و تعلیق، مجازات نیستند؛ بلکه به این سبب اعمال می‌شوند که متهم صلاحیت خود را برای ادای وظیفه یا تصدی سمت از دست می‌دهد. اصل این است که مشاغل دولتی را بزه‌کاران اشغال نکنند و نیز اگر فردی در

بدو امر سالم بوده و سپس دست به ارتکاب بزه بزنند، در اثر همین عمل، صلاحیت و شایستگی خود را برای تصدی سمت مورد نظر از دست می‌دهد؛ زیرا ارتکاب جرم، صلاحیت وی را زایل می‌کند.

اگر اتهام انتسابی به کارمند، حد یا قصاص به‌شمار نیاید، لابد از تعزیرات است؛ زیرا هر جرمی که از دایره‌ی حد و قصاص بیرون باشد از تعزیرات خواهد بود؛ خواه حکم شرعی آن را نهی یا قوه‌ی مقننه آن را در چارچوب اقتداری که شریعت در اختیار اونهاده ممنوع کرده باشد. هنگامی که جرم از جرایم تعزیری به حساب آید، محاکمه‌ی تأدیبی آن جایز نخواهد بود، زیرا مجازات‌های اداری مانند توبیخ و تذکر و اخراج و غیره همگی تعزیری به‌حساب می‌آید و اگر متهم یک‌بار در دادگاه اداری محاکمه شود و سپس در محکمه‌ی جنایی، در هر بار با یک کیفر تعزیری مجازات شده باشد، نتیجه‌اش این خواهد بود که متهم در مقابل ارتکاب یک بزه، دوبار مجازات شود. این همان ایرادی است که احکام شرعی آن را ممنوع کرده است؛ زیرا قاعده‌ی کلی شرعی آن است که متهم در مقابل جرم واحد، دوبار مجازات نشود، بنابر این چیزی که مانع می‌شود تا خطای اداری جرم اداری تلقی گردد، این است که تخلف اداری هم جرم جنایی به حساب می‌آید و مجازاتی که ممکن است در محکمه‌ی اداری مشمول حکم قرار بگیرد، همان مجازاتی خواهد بود که در محکمه‌ی جنایی مشمول حکم خواهد بود به عبارت دیگر، مانع اصلی از تفکیک جرم جنایی و تخلف اداری این است که جرم و مجازات در هر دو مورد یکی است.

عواملی که باعث می‌شود تا از دیدگاه حقوق اسلامی، جرم اداری مستقل ارزیابی نشود، در محدوده‌ی قوانین عرفی، درست برعکس آن عمل می‌شود. زیرا در این قوانین، اصل بر این است که مجازات‌های جنایی از تخلفات اداری جداست و اکثر جرایم اداری مشمول قوانین جنایی نیستند. از این رو مغایرت و تفاوت دو مجازات و دو جرم اقتضا می‌کند که متهم در مقابل یک عمل دوبار مجازات شود و اعمال یکی از مجازات‌ها مانع از اعمال مجازات دیگر نشود. چنانچه تبرئه‌ی متهم در یکی از آنها، از جریان محاکمه‌ی دیگر نیز مانع نمی‌شود در توجیه این مطلب می‌گویند مقصود از محاکمه‌ی اداری، حمایت از شغل و وظیفه، و مقصود از محاکمه‌ی جزائی، حمایت جامعه است.

تردیدی نیست که نظر حقوق اسلامی با منطق و قواعد قانون‌گذاری جدید که تعقیب و محاکمه‌ی دوباره‌ی متهم را در مقابل فعل واحد جایز نمی‌داند، بیشتر سازگار است هم‌چنان که نتیجه‌ی دیگر آن کوتاه شدن اقدامات قانونی و کمتر شدن محاکمات است و هم‌زمان باعث می‌شود که کیفر یا کیفرهایی که با شخصیت متهم سازگار است و با جرم انتسابی مناسبت دارد، مشمول حکم واقع شود.

۴۹. جرم مدنی: فقهای اسلامی جرم مدنی را می‌شناختند ولی مانند ما که تحت تأثیر قانون فرانسه این عنوان را به کار می‌بریم، آن را استعمال نکرده‌اند.

قاعده در حقوق اسلامی بر این است که اموال و جان‌های مردم در حمایت قانون است و تصرف در آنها برای دیگران مباح نیست و هر اقدامی که به جان یا مال دیگری زیان وارد کند، فاعل آن چنانچه در انجام‌دادن عمل محق نباشد، ضامن است. اگر عمل زیان‌آور مجازات داشته باشد، ضمان مزبور، جزائی است و اگر مجازات نداشته باشد، ضمان مالی است. اگر عمل دارای کیفر باشد، جرم است و اگر مجازات نداشته باشد، جرم به حساب نمی‌آید و در این صورت به آن "فعل زیان‌آور" می‌گویند. به این ترتیب، تنها وجه مشترک موجود میان جرم و عمل زیان‌آور، در این است که در هر دو، فاعل ضامن است.

گاهی با آن که عمل جرم و متهم مستحق مجازات است، در عین حال چون به مجنی‌علیه زیان وارد کرده، متهم در مقابل او ضامن محسوب می‌شود، مانند شکار صید در منطقه‌ی ممنوعه و شرب خمری که متعلق به کافر ذمّی است در این دو حالت مرتکب به علت صید و شرب خمر مجازات می‌شود و در عین حال باید قیمت شکار و خمر را به صاحبانشان برگرداند.

حقوق اسلامی دراین‌باره با قوانین وضعی موضع واحدی دارد. از دیدگاه قوانین عرفی، انسان در مقابل هر عملی که به دیگری زیان می‌رساند، مسئولیت مدنی دارد؛ اعم از آن که قانوناً جرم به حساب آید یا جرم تلقی نشود. پس اگر عمل جرم باشد و هم‌زمان به دیگری زیان وارد کند، فاعل در عین درخور مجازات بودن، در مقابل ضرر نیز ضامن است؛ آن چنان‌که حکم شریعت چنین است.

شارحان قانون مصر، از "فعل زیان آور" به "جرم مدنی" تعبیر کرده‌اند ولی این اصطلاح درمحاکم به کار نمی‌رود و فقط درکتب فقهی استعمال شده است. شاید این امر بدان سبب باشد که قانون جزای مصر از "سبب ضمان" به "فعل زیان‌آور" تعبیر کرده و مانند قانون فرانسه از اصطلاح جرم مدنی استفاده نکرده است.

بخش دوم

انواع جرم

۵۰. ویژگی مشترک جرایم ـ وجه مشترک تمام جرایم قابل مجازات بودن آنها است لیکن اگر از جهات دیگری بررسی شود، متنوع و گوناگون هستند. از این رو می‌توان جرایم را به انواع گوناگونی تقسیم کرد.

چنانچه از نظر شدت مجازات در نظر گرفته شوند به حدود و قصاص و دیات و تعزیرات تقسیم می‌شوند. اگر قصد و نیت متهم ملاک عمل باشد به جرایم عمدی و غیرعمدی و هم‌چنین اگر زمان کشف مد نظر باشد به جرایم مشهود و غیرمشهود تقسیم می‌شوند. اگر شیوه‌ی ارتکاب در نظر گرفته شود با جرم ایجابی (از راه عمل) و جرم سلبی (جرم با خودداری از عمل) مواجه می‌شویم و هم‌چنین جرم ساده و جرم عادی، جرم آنی و جرم مستمر و جرایم علیه اشخاص و علیه جامعه و جرایم عمومی و سیاسی از انواع دیگر جرایم به حساب می‌آیند.

فصل اول

تقسیم جرایم به اعتبار شدت مجازات

۵۱. مجازات جرایم از نظر سنگینی بر سه دسته تقسیم می‌شود:

اول ـ حدود: جرایمی که مجازات آنها حد است، حدود نامیده می‌شوند و حد به مجازاتی اطلاق می‌شود که از جانب خداوند مقرر گشته است و حق‌الله محسوب می‌شود.[1] معنای "مجازات تعیین" شده این است که حداقل و حداکثر ندارد و "حق‌الله" این است که اشخاص یا جامعه نمی‌توانند از اجرای آن سر باز زنند.

در اسلام، مجازات زمانی "حق‌الله" فرض می‌شود که مصلحت عمومی آن را ایجاب کند و این مصلحت عبارت است از دفع فساد از مردم و حفظ سلامت و پاک‌دامنی جامعه. بنابر این، هر جرمی که فساد آن متوجه عموم مردم گردد و نفع حاصل از کیفر آن نیز عاید جامعه شود، مجازات آن "در جهت تأکید دست‌یابی به نفع حاصل و تحقق دفع فساد و زیان‌بار بودن آن، "حق‌الله" فرض می‌شود؛ زیرا وقتی مجازات جرمی "حق‌الله" تلقی شود، اشخاص و جامعه حق ندارند آن را ساقط و از عمل بدان خودداری کنند.

جرایم "حدود" محدود و معین و عبارت است از هفت جرم: زنا؛ قذف؛ شرب مسکر؛ سرقت؛ محاربه یا حرابه؛ ارتداد؛ و بغی. فقها از آنها به "حدود" نام می‌برند و کلمه‌ی "جرایم" را به آن اضافه نمی‌کنند و مجازات آنها نیز، حدود نامیده می‌شود. النهایه دراین‌باره

---

۱. *فتح‌القدیر*، جلد ۴، ص ۱۱۲ و ۱۱۳؛ *الاقناع*، جلد ۴، ص ۲۴۴؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۱۹۲ تا ۱۹۵؛ *بدائع‌الصنائع*، جلد ۷، ص ۳۳ و ۵۶.

با جرم مورد نظر به کار می‌رود؛ مثلاً گفته می‌شود "حد سرقت" و "حد شرب مسکر" که مقصود مجازات سرقت و شرب خمر است.

دوم ـ جرایم قصاص و دیه: این‌ها جرایمی است که مجازات آنها قصاص یا دیه است. هر یک از جرایم قصاص و دیه مجازات تعیین‌شده‌ای هستند که حق‌الناس شناخته می‌شود. مقصود از این که "تعیین شده" هستند، این است که حد معینی دارند و فاقد حداقل و حداکثراند و مقصود از این که "حق افراد" است این است که مجنی‌علیه حق دارد اگر مایل باشد از آنها بگذرد، و چنانچه عفو کند، مجازات ساقط می‌گردد.

جرایم قصاص و دیه پنج نوع است: قتل عمد؛ قتل شبه عمد؛ قتل خطایی؛ ایراد جراحت عمدی (جنایت بر دون نفس عمدی) و ایراد جرح غیرعمدی یا خطابی. مقصود از "جنایت بر دون نفس"، تعدی و تجاوزی است که منتهی به مرگ نمی‌شود، مانند ضرب و جرح.

فقها معمولاً و تحت تأثیر عرف موجود در میانشان، درباره‌ی این اعمال[1] لفظ جنایت را به کار می‌برند و این قسم را با عنوان "جنایات" مورد بحث قرار می‌دهند. ولی برخی از فقها از این قسم با عنوان "جراح"[2] سخن گفته‌اند زیرا که ایراد جرح، غالب‌ترین راه و شیوه در این مقوله به حساب می‌آید. برخی دیگر از فقها، لفظ "دماء"[3] را عنوان مناسبی برای این قسم دانسته‌اند.

سوم ـ جرایم تعزیرات: تعزیرات عبارت از جرایمی است که یک مجازات یا چند مجازات تعزیری دارد. معنای تعزیر، تأدیب است و حقوق اسلامی برای هر جرم تعزیری، مجازات تعیین نکرده است بلکه به تعیین مجموعه‌ای از مجازات‌ها برای آن جرایم، که از مرحله‌ی خفیف‌تر شروع و به شدیدترین آنها منتهی می‌گردد، اکتفا کرده و قاضی را آزاد گذاشته است تا در هر جرمی مجازات یا مجازات‌هایی را انتخاب کند که با جرم و مجرم متناسب باشد. پس مجازات‌ها در جرایم تعزیر، تعیین ناشده‌اند.

جرایم تعزیر برخلاف جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه نامحدود هستند و ممکن نیست تعداد آنها را محدود ساخت. اسلام برخی از آنها را مشمول حکم قرار داده است که همیشه و هر زمان جرم هستند، مانند ربا، خیانت در امانت، فحاشی و رشا و برخی دیگر را به اختیار حکومت‌ها گذاشته است که بخش بزرگی از جرایم تعزیر از این قبیل هستند. ولی در عین حال در تعیین جرایم تعزیری به حکومت‌ها آزادی کامل نداده؛ بلکه مکلف کرده

---

۱. *همان*، جلد ۷، ص ۲۳۳؛ *الاقناع*، جلد ۴، ص ۱۶۲؛ *البحیری علی‌المنهج*، جلد ۴، ص ۱۲۹.
۲. *تحفة‌المحتاج*، جلد ۴، ص ۱؛ *المغنی*، جلد ۹، ص ۳۱۸.
۳. *مواهب‌الجلیل* خطّاب، جلد ۶، ص ۲۳۰.

است که حرمت عملی را به اقتضای حال جامعه و انتظام آن و دفاع از مصالح و نظم عمومی آن، اعلام کند. دیگر آن که حرمت آن عمل با احکام شرع و قواعد کلی آن مخالف نباشد.

مقصود اسلام از اعطای حق قانون‌گذاری در این چارچوب، این است که اولیای امور بتوانند جامعه را اداره و به‌طور صحیح از منافع و مصالح جامعه محافظت کنند و دفاع از آن را عهده‌دار شوند و در برابر مسائل مستحدثه پاسخ‌گو باشند.

تفاوت بین عملی که شریعت آن را جرم دانسته است و عملی که اولیای امور جرم اعلام می‌کنند، این است که نوع اوّل همیشه حرام است و صحیح نیست که عمل مباح تلقی شود، اما نوع دوم، ممکن است در آینده و چنانچه مصلحت عمومی ایجاب کند، مباح به شمار آید.

۵۲. اهمیت این تقسیم: اهمیت تقسیم جرایم به حدود، قصاص یا دیه و تعزیرات از چند جهت است که در ذیل بیان می‌شود:

اول ـ از نظر عفو: در جرایم حدود، مطلقاً عفو وجود ندارد؛ خواه مقام عفوکننده مجنی‌علیه باشد یا ولی امر که بالاترین مقام حکومتی است و اگر هم عفو کنند، عمل بیهوده‌ای است و در زوال جرم و مجازات تأثیر ندارد.

اما در جرایم قصاص، مجنی‌علیه می‌تواند عفو کند و در اثر عفو، مجازات ساقط می‌گردد. البته مجنی‌علیه می‌تواند در مقابل دیه از قصاص بگذرد؛ یا حتی از دیه نیز گذشت کند و اگر فقط یکی از آنها را عفو کند، متهم از آن بخشوده می‌شود، امّا مقام اوّل حکومت به اعتبار مقامش نمی‌تواند مجازات جرایم قصاص را عفو کند زیرا این عفو فقط در حق مجنی‌علیه یا ولی او مقرر گردیده است. لیکن اگر مجنی‌علیه واجد اهلیت نباشد و ولی و سرپرست نداشته باشد، مقام اوّل حکومت، ولی او به حساب می‌آید زیرا قاعده‌ی شرعی بر این است که رهبر، سرپرست و ولی کسی است که سرپرست ندارد و فقط در این حالت مقام اوّل حکومتی می‌تواند متهم را عفو کند؛ به شرط آن که او را به رایگان عفو نکند.

در جرایم تعزیر، مقام اوّل حکومت حق دارد جرایم یا مجازات آنها را عفو کند و چنانچه عفو، به حقوق مجنی‌علیه لطمه وارد نسازد، آثار خاص خود را خواهد داشت. مجنی‌علیه در جرایم تعزیری فقط آن بخش را می‌تواند عفو کند که منافع شخصی وی ناسازگار باشد و اگر جرایم، با منافع جامعه تصادم داشته باشد، گذشت مجنی‌علیه از جرم یا مجازات، نافذ نیست؛ هرچند در واقع باعث تخفیف مجازات متهم گردد، زیرا در جرایم تعزیری، قاضی در جهت اعمال کیفیت مخففه و تخفیف مجازات، اقتدار گسترده و وسیعی دارد و تردید نیست که رضایت شاکی، کیفیت مخففه به حساب می‌آید.

دوم ـ از حیث اقتدار قاضی: در جرایم حدود و در صورت ثبوت جرم، قاضی مکلف است مجازات مقرر و تعیین شده را مشمول حکم قرار دهد و حق ندارد چیزی از آن کاسته یا بدان بیفزاید و نیز نمی‌تواند از مجازات دیگری استفاده کند؛ یا اجرای آن را متوقف سازد. بنابر این، اقتدار قاضی در جرایم حدود به اعلام مجازات تعیین شده منحصر است.

در جرایم قصاص نیز در صورت ثبوت جرم، قاضی فقط می‌تواند مجازات مقرر را مشمول حکم قرار دهد. اگر مجازات قصاص باشد و مجنی‌علیه از قصاص بگذرد یا از حیث شرعی، صدور حکم بر قصاص مقدور نباشد، قاضی مکلف است "دیه" را مشمول حکم قرار دهد. البته اگر مجنی‌علیه آن را مشمول عفو قرار نداده باشد؛ و اگر از دیه هم گذشته باشد، قاضی می‌تواند متهم را به عقوبت تعزیری محکوم کند. در تعازیر، چنانچه توضیح داده خواهد شد، قاضی از اقتدار گسترده‌ای برخوردار است.

در جرایم تعزیر، قاضی در تعیین نوع مجازات و مقدار آن از اختیار وسیعی برخوردار است و می‌تواند با توجه به کیفیت جرم و مجرم، مجازات شدید یا خفیف را برگزینند و می‌تواند حداقل مجازات را تعیین کند و نیز قادر است حداکثر آن را مشمول حکم قرار دهد و هم‌چنین صدور دستور اعمال مجازات یا توقف اجرای آن نیز در اختیار قاضی است.

سوم ـ از حیث قبول کیفیات مخففه: در جرایم حدود و قصاص و دیه، کیفیات مخففه هیچ تأثیری ندارد. مجازات تعیین شده باید اعمال شود، بدون آن که امکانات و شرایط متهم مد نظر قرار بگیرد. اما در جرایم تعزیر، کیفیات مخففه در نوع و مقدار مجازات مؤثر است. قاضی حق دارد مجازات خفیف را انتخاب کند؛ یا حداقل آن را مشمول حکم قرار دهد و نیز می‌تواند اجرای آن را متوقف سازد.

چهارم ـ از حیث اثبات جرم: اسلام در اثبات جرایم حدود و قصاص در صورتی که دلیلی جز شهادت نباشد، وجود تعداد معینی از شهود را شرط می‌داند، مثلاً زنا فقط با شهادت چهارمرد که شاهد واقعه باشند ثابت می‌شود و دیگر جرایم حدود و قصاص حداقل با شهادت دو مرد عادل به اثبات می‌رسد. اما جرایم تعزیر با شهادت یک نفر هم ثابت می‌شوند. در قوانین وضعی این تقسیم پذیرفتنی نیست و جرایم به جنایت و جنحه و خلاف تقسیم می‌شود.

فصل دوم

تقسیم جرایم به اعتبار نیت مجرم

۵۳. جرایم از حیث عنصر معنوی بر دو نوع است: جرایم عمدی یا مقصوده؛ جرایم خطایی یا غیرمقصوده.

الف ـ جرایم عمدی: جرم در صورتی عمدی است که متهم عمل حرامی را انجام می‌دهد و می‌داند که حرام است، این همان سوءنیت عام در جرایم عمدی است. در جرمی مثل قتل، سوءنیت خاص هم لازم است؛ بدین معنا که متهم در ارتکاب فعل عامد بوده و خواهان نتیجه نیز باشد. اگر متهم در ارتکاب عمل عامد باشد ولی نتیجه را نخواهد، قتل، شبه عمد خواهد بود؛ یعنی همان که در قوانین وضعی به "ایراد ضرب منتهی به فوت" معروف است.

ب ـ جرایم خطایی: جرمی خطایی نامیده می‌شود که جانی قصد ارتکاب آن را ندارد ولی در اثر خطای وی رخ می‌دهد. خطا بر دو نوع است:[1]

نوع اول: حالتی است که بزه‌کار قصد انجام‌دادن عملی را که به نتیجه‌ی مجرمانه منجر گردیده دارد، بدون آن که خواستار نتیجه‌ی مجرمانه باشد با این وصف، خطا می‌کند. این خطا یا در خود آن عمل است، مانند کسی که سنگی را از جلوی پنجره‌ای کنار می‌زند که خود را نجات دهد و آن سنگ به عابری برخورد می‌کند؛ یا به قصد شکار تیر می‌اندازد و در اثر خطا به انسان اصابت می‌کند؛ یا خطا در ظن و گمان مرتکب رخ می‌دهد، مثلاً کسی به

---

۱. *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۲۳۵؛ *المغنی*، جلد ۹، ص ۲۳۰؛ *الزیلعی*، جلد ۶، ص ۹۷؛ *بدائع‌الصنائع*، جلد ۷، ص ۲۳۴. به شماره‌های ۲۸۴ و ۳۰۱ هم مراجعه شود.

سوی هدفی به‌گمان این که حیوان است تیر می‌اندازد درحالی‌که آن هدف انسان بوده؛ یا به اشتباه کسی را هدف قرار می‌دهد که می‌پنداشته از نیروهای دشمن است؛ درحالی‌که هدف از نیروهای خودی بوده است. در این حالات، متهم قصد فعل دارد ولی ارتکاب جرم مقصود او نیست و اشتباه در فعل یا گمان، باعث وقوع جرم گردیده است.

نوع دوم: متهم نه قصد فعل دارد و نه خواهان نتیجه‌ی مجرمانه است ولی در نتیجه‌ی اهمال و عدم احتیاط، صورت می‌گیرد، مانند کسی که در حال خواب بر دیگری می‌غلطد و او را می‌کشد؛ و یا کسی که در راهی چاه می‌کند و علامات هشداردهنده نصب نمی‌کند و کسی در آن سقوط می‌کند و می‌میرد.

۵۴. اهمیت این تقسیم: تقسیم جرایم، از حیث عنصر معنوی از دو جنبه با اهمیت است.

اول: جرم عمدی نشان می‌دهد که بزه‌کار، روح بزه‌کاری داشته، برعکس، چنین وضعیتی در فاعل بزه، خطایی مشاهده نمی‌شود و از این رو مجازات جرم عمدی شدید است و جرم خطایی خفیف.

دوم: در جرم عمدی یا مقصوده چنانچه رکن عمد موجود نباشد، مجازات متهم ممکن نیست ولی در جرم خطایی، صرف وجود اهمال و بی‌احتیاطی برای مجازات کافی است.

در قوانین وضعی این تقسیم پذیرفته شده است و در نوع و نتایج آن با حقوق اسلامی اتفاق نظر وجود دارد.

فصل سوم

تقسیم جرایم به اعتبار زمان کشف جرم

۵۵. جرایم به اعتبار زمان کشف بر دو نوع تقسیم می‌شوند: جرم مشهود و جرم غیرمشهود.

جرم مشهود: جرم مشهود آن است که در لحظه‌ی ارتکاب یا مدت کمی پس از ارتکاب، کشف شود. در قانون جزای مصر در مادّه‌ی ۸ جرم مشهود چنین تعریف شده است: جرمی که متهم هم‌زمان با ارتکاب جنایت[1] دیده شود، به عبارت دیگر، در حال ارتکاب یا مدت کمی پس از ارتکاب جرم، دیده و دست‌گیر شود. و هم‌چنین هنگامی مرتکبِ جرمِ مشهود متهم شناخته می‌شود، چنانچه در فاصله‌ی اندکی پس از وقوع جرم، مجنی‌علیه یا دیگران با داد و فریاد او را تعقیب کنند یا در این حالت به هم‌راه آلات جرم از قبیل سلاح، کالا، اسناد، یا اشیای دیگر که نشان می‌دهد متهم مرتکب جنایت شده یا در آن شرکت داشته است، دست‌گیر شود.

جرم غیرمشهود: آن است که در لحظه‌ی ارتکاب کشف نشود؛ یا مدت نسبتاً زیادی بین ارتکاب جرم و کشف آن افتاده باشد.

فقها، جرم مشهود را عبارت از آن می‌دانند که در لحظه‌ی ارتکاب کشف شود. ولی از دیدگاه شریعت، مانعی نیست که جرم مشهود مطابق نظر قانون جزای مصر تعریف شود. به ویژه آن که مقصود از بیان فوق، این است که اقدامات قانونی برای کشف حقیقت آسان گردد.

---

۱. لفظ جنایت در این مادّه، با مفهوم جنایت در حقوق اسلامی که به معنای جرم است، یکسان است.

۵۶. اهمیت این تقسیم از دو جنبه است:

اوّل ـ از حیث اثبات جرم: اگر جرم از جرایم حدود بوده و دلیل وقوع آن گواهی شهود باشد، لازم است که شهود شخصاً شاهد واقعه باشند، و متهم را در حین ارتکاب جرم ببینند. از نظر امام مالک، شهادت شهود سماعی هم اعتبار دارد[1] که شهادت خود را به نقل از کسانی که شاهد عینی بوده‌اند، بیان می‌دارند، دیگر ائمه آن را مجاز نمی‌دانند.[2]

دوم ـ از جهت امر به معروف و نهی از منکر: وقتی متهم در حین ارتکاب جرم دیده شود، هرکسی می‌تواند با به کار بردن زور، از ارتکاب جرم جلوگیری کند؛ خواه جرم ارتکابی مانند سرقت علیه اشخاص باشد یا مانند شرب خمر و زنا، از جرایم علیه جامعه تلقی گردد. و این همان است که "دفاع مشروع همگانی" نامیده می‌شود.

---

۱. *المدونه*: جلد ۱۶، ص ۴۵.
۲. *بدائع الصنائع*، جلد ۷، ص ۴۹؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۸، ص ۳۰۷؛ *الاقناع*، جلد ۴، ص ۴۰۷.

فصل چهارم

تقسیم جرایم به اعتبار طریقه و نحوه‌ی ارتکاب

مبحث اول: تقسیم جرایم به اعتبار طریق ارتکاب جرم (ایجابی و سلبی)

۵۷. براساس این که بزه ارتکابی فعلیت یابد یا به ترک آن امر شده باشد، به عبارت دیگر بر حسب آن که به انجام‌دادن فعلی یا ترک آن دستور داده شده باشد، با جرم ایجابی و جرم سلبی مواجه می‌شویم.

جرم ایجابی از عمل ممنوع به وجود می‌آید، مانند سرقت، زنا و ایراد ضرب.

جرم سلبی: با ترک فعل و خودداری از انجام‌دادن آن به وجود می‌آید، مانند امتناع شاهد از ادای شهادت و خودداری از دادن زکات. بیشتر جرایم، ایجابی و مثبت و کمترین آنها به صورت سلبی و ترک فعل است.

۵۸. جرایم ایجابی که از راه ترک فعل به وجود می‌آید: میان فقها این توافق است که گاهی جرم ایجابی از راه ترک فعل به وجود می‌آید، و در این صورت هم، مرتکب آن مجازات می‌شود. اگر متهم کسی را حبس کند و به او آب و غذا ندهد یا در شب‌های سرد، وسایل گرما را از او دریغ ورزد و از این راه، زندانی در اثر گرسنگی و تشنگی و سرما بمیرد، چنانچه قصد قتل داشته باشد، قاتلِ عمد خواهد بود. مالک[۱] و شافعی[۲] و احمد،[۳] چنین نظر داده‌اند.

---

۱. *الشرح‌الکبیر* دردیر، جلد ۴، ص ۲۱۵.
۲. *نهایةالمحتاج*، جلد ۷، ص ۲۳۹.
۳. *المغنی*، جلد ۹، ص ۳۲۷.

اما ابوحنیفه[۱] عمل ارتکابی را قتل نمی‌داند زیرا مرگ در اثر گرسنگی و تشنگی و سرما به وجود آمده و نه در اثر حبس، و هیچ‌کس در تشنگی و گرسنگی و سرما، ایفای نقش نکرده است. ولی ابویوسف و محمد آن را قتل عمد می‌دانند زیرا بقای انسان به خوردن و آشامیدن و وسیله‌ی گرم‌کننده بستگی دارد. هنگام گرسنگی و تشنگی و سرما، جلوگیری از تهیه و تدارک و ایجاد آنها به معنای کشتن آن شخص است، مثلاً مادری که با قصد قتل به فرزند شیرخوارش شیر نمی‌دهد، قاتل عمد محسوب می‌گردد؛ هرچند دست به عمل مادی مثبت نزده است.[۲] و نیز کسی که مازاد آبش را از مسافر دریغ می‌کند و می‌داند که جایز نیست او را از نوشیدن آب باز دارد و اگر به وی آب ندهد می‌میرد، هرچند او را با دست خود نکشته است، قاتل عمد به شمار می‌آید. در مذهب مالک یک رأی آن را قتل عمد می‌داند[۳] ولی برخی از فقهای مذهب احمد آن را قتل شبه عمد دانسته‌اند.[۴]

اگر زنانی به هنگام زایمان زنی حاضر باشند و یکی از آنان ناف بچه را ببرد و پس از قطع، عمداً آن را نبندد و کودک بمیرد به علت همین ترک فعل، قاتل او محسوب می‌شود و ممکن است حتی همه‌ی آنان، درصورتی‌که به بستن بند ناف اقدام نکنند قاتل به حساب آیند زیرا بریدن بند ناف به خودی خود کشنده نیست بلکه نبستن آن ــ ترک فعل ــ سبب مرگ کودک گردیده است و چون همگی در نبستن ناف عامد بوده‌اند، مرگ کودک به همه‌ی آنان منتسب می‌شود.[۵]

۵۹. درچه صورتی شخص ممتنع مسئول شناخته می‌شود؟ از تتبع در مثال‌هایی که فقها در این زمینه آورده‌اند چنین مستفاد می‌گردد که شخص ممتنع در صورتی مسئول جرم ناشی از ترک فعل است که شرعاً یا عرفاً مسئول انجام‌دادن آن کار شناخته شود. با آن که قاعده چنین است در این که چه چیزی مقتضای شرع و کدام امر مقتضای عرف است اختلاف نظر وجود دارد، مثلاً برخی از حنابله می‌گویند کسی که می‌تواند شخصی را از هلاکت مانند غرق شدن در آب یا سوختن در آتش و یا از دست حیوان درنده‌ای برهاند و نجات دهد ولی از نجات وی خودداری می‌کند، مسئولیت ندارد[۶] و به عقیده‌ی بعضی مسئول است.[۷] ریشه‌ی اختلاف در این است که نجات دادن واجب است یا واجب نیست؟ و از این قبیل است مثالی که درباره‌ی منع زندانی از خوردن آب زده شد.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، جلد ۷، ص ۲۳۴؛ *البحرالرائق*، جلد ۸، ص ۲۹۵.
۲. *الشرح‌الکبیر* دردیر، جلد ۴، ص ۲۱۵.
۳. *مواهب‌الجلیل* خطّاب، جلد ۶، ص ۲۴۰.
۴. *المغنی*، جلد ۹، ص ۵۸۱.
۵. *الفتاوی‌الکبری* ابن حجر، جلد ۴، ص ۲۲۰ و ۲۳۱.
۶. *الاقناع*، جلد ۴، ص ۲۰۵.
۷. *المغنی*، ج ۹، ص ۵۸۱.

۶۰. اسلام و قوانین عرفی: نظر فقها درباره‌ی ترک فعل منجر به قتل، عیناً همان است که غالب علمای حقوق از ابتدای قرن ۱۹ گفته‌اند. اما پیش از این تاریخ، بیشتر آنها عقیده نداشتند که با ترک فعل، جرم به وجود می‌آید، زیرا "ترک فعل" عدم است و از عدم، "وجود" خلق نمی‌شود. تعداد کمی از علمای حقوق عقیده داشتند که ترک فعل هم مانند یک عمل مادی مثبت، ممکن است سبب جرم باشد. زیرا هر دو از اراده‌ی انسان سر می‌زند. سرانجام اکثریت تسلیم شدند که ترک فعل ممکن است سبب جرم باشد. ولی آن اصل را به صورت مطلق نپذیرفته و شرط کرده‌اند که شخص، به انجام‌دادن اصل عمل مکلف باشد تا امتناع از ادای تکلیف و ترک آن، مخالفت با تکلیف به حساب آید. از نظر آنان، فرق نمی‌کند که این تکلیف منشأ قانونی داشته یا از نظر عرف، مکلف به انجام‌دادن آن باشد. از مثال‌هایی که دانشمندان درباره‌ی ترک فعل زده‌اند فرضی است که شخص حبس گردد و به او آب و نان داده نشود و نیت، کشتن او باشد. و هم‌چنین مادر عمداً و با قصد قتل، به فرزند شیرخوارش شیر ندهد. برای موردی که متهم مسئولیت ندارد، خودداری از نجات شخصی که در حال غرق شدن یا سوختن و یا در معرض دریده شدن قرار دارد، مثال آورده‌اند. ملاحظه می‌شود که برای هر دو حالت همان مثال‌هایی را زده‌اند که فقها گفته‌اند.

۶۱. تفاوت میان قوانین عرفی و اسلام: ملاحظه می‌شود آنچه علمای حقوق درباره‌ی ترک فعل، شرط دانسته‌اند دقیقاً همان است که فقها گفته‌اند؛ یعنی انجام‌دادن عملی باید قانوناً یا عرفاً بر متهم واجب بوده باشد تا خودداری و ترک فعل سبب تعقیب گردد و نیز انجام‌دادن عمل به اقتضای شرع واجب باشد. زیرا اسلام، وفای به عقود و قراردادها را واجب دانسته است. قرآن می‌فرماید «ای اهل ایمان به عقود و قراردادها پای‌بند باشید» (مائده، ۱). اگر امری به موجب قرارداد اجتماعی واجب باشد تا زمانی که مخالف احکام و روح اسلام نباشد از دیدگاه اسلام نیز واجب است. حقوق اسلامی و قانون عرفی در این باره اشتراک نظر دارند.

حقوق اسلامی در این باره، که متهم، چنانچه از نظر عرف ملزم به انجام‌دادن امری باشد و عامداً از آن خودداری کند، با قوانین عرفی اختلاف دارد زیرا که متهم بنا به ترک فعل مسئول است و شک نیست که از این نظر، اسلام منطقی‌تر است. زیرا به موجب تمام مذاهب و قوانین و حتی قراردادهای بین اشخاص، چیزی که عرفاً واجب باشد، تبعیت از آن واجب است و بنابر این، معنا ندارد که در قراردادها به این نکته که آنچه مقتضای عرف و مقبول عامه و لازم‌الاتباع است تصریح شود و چنانچه شخص در مقابل نقض شرطی که به موجب

قرارداد واجب بوده، مورد بازخواست قراربگیرد، به طریق اولی در مقابل واجب عرفی هم مسئول خواهد بود، بدون این که به قرارداد یا اثبات آن احتیاج باشد.

امتیاز اسلام نسبت به قوانین عرفی در این است که این نظریه را از قرن هفتم میلادی می‌شناخته است، در حالی که قوانین عرفی آن را در قرن نوزده شناخته‌اند و گویی قوانین وضعی چیزی را اعلام می‌کنند که قبلاً شریعت اسلام آن را اعلام کرده است.

مبحث دوم: تقسیم جرایم به اعتبار چگونگی ارتکاب (جرایم ساده، جرایم اعتیادی)

۶۲. جرایم به اعتبار شکل ارتکاب، دو گونه است: ساده؛ و به عادت.

جرم ساده: جرمی است که از یک فعل ساخته می‌شود، مانند سرقت و شرب مسکر؛ خواه جرم ارتکابی، آنی باشد یا مستمر. جرایم حدود و قصاص و دیه ساده هستند.

جرم به عادت: جرم اعتیادی از تکرار عمل به وجود می‌آید؛ یعنی عمل فی‌نفسه جرم نیست ولی تکرار، آن را به جرم تبدیل می‌سازد. جرایم به عادت، در میان تعزیرات به چشم می‌خورد و از مجازات تعیین شده شناخته می‌شود، اگر وجوب مجازات در عمل به شرط تکرار آن باشد، جرم، به عادت است و اگر مجرد وقوع آن قابل مجازات باشد، جرم ساده است.

اصل این است که تعزیر، در مقابل انجام‌دادن فعل حرام و ترک واجب است، در این نکته فقها اتفاق نظر دارند ولی در این که انجام‌دادن عمل مکروه و ترک مستحب[۱] نیز موجب تعزیر است یا خیر، اختلاف نظر دارند. به عقیده‌ی برخی، انجام‌دادن عمل مکروه و ترک مستحب، مطلقاً مجازات ندارد[۲] و به نظر بعضی، چنانچه مصلحت ایجاب[۳] کند، عمل به مکروه و ترک مستحب، مستوجب مجازات است.[۴]

---

۱. مکروه آن است که از مکلف، خواسته شده که آن را انجام ندهد و مستحب چیزی است که انجام‌دادن آن مطلوب است ولی این ترک و امر به اندازه‌ی واجب و حرام نیست.

۲. ابن حزم، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، جلد ۳، ص ۲۱ و ۲۲؛ *الاقناع*، جلد ۴، ص ۲۷۰ و ۲۷۱؛ *مواهب‌الجلیل*، جلد ۶، ص ۳۲۰؛ *بدائع‌الصنائع*، جلد ۷، ص ۶۳.

۳. غزالی، *المستصفی*، ص ۷۵ و ۷۶؛ *تحفة‌المحتاج*، جلد ۸، ص ۱۸؛ *مواهب‌الجلیل*، جلد ۶، ص ۳۲۰؛ *تبصرة‌الحکام*، جلد ۲، ص ۲۵۹ و ۲۶۰؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۱۲.

۴. بعضی از این گروه، عبارتی به‌کار برده‌اند که تصور می‌شود انجام‌دادن مکروه و ترک مستحب را به طور مطلق قابل مجازات می‌دانند و حال آن که درواقع مقصودشان این نیست. زیرا در تعزیر، قاعده‌ی کلی بر این است که مصلحت عمومی ایجاب کند و از این حیث ولی امر می‌تواند مجازات‌های تعزیری را مورد عفو قرار دهد، پس عبارت مطلق فقها، با آن قاعده‌ی عمومی مقید است.

کسانی که ترک مستحب و عمل به مکروه را قابل مجازات دانسته‌اند، بر شرط تکرار تاکید کرده‌اند، والا مجازات مورد ندارد، به این ترتیب، آنان نفس عمل به مکروه یا ترک مستحب را قابل مجازات نمی‌دانند، بلکه تکرار آن را قابل مجازات دانسته‌اند که نشان می‌دهد متهم انجام‌دادن مکروه و ترک مستحب را عادت خود ساخته است. و "عادت" را در صورتی محقق می‌دانند که فعل یا ترک آن دوباره تکرار شود، به عبارت دیگر از نظر آنان، عادت با دوبار فعل انجام‌دادن به وجود می‌آید[۱] به این ترتیب، هر عمل مکروه یا مستحبی که مجازات داشته باشد از جرایم به عادت به حساب می‌آید.

۶۳. اهمیت این تقسیم: اهمیت تقسیم جرم به دو گونه‌ی جرم ساده و جرم به عادت در چند امر به شرح ذیل است:

اول- از جهت آغاز مرور زمان: در جرم ساده، مرور زمان مُسْقِط دعوی، چنانچه جرم ارتکابی آنی باشد از روز ارتکاب جرم شروع می‌شود، و اگر جرم مستمر باشد از روز اتمام وضعیت و حالت غیرقانونی آغاز می‌گردد. اما در جرم به عادت، مرور زمان مسقط دعوی، از تاریخ وقوع آخرین فعلی که "عادت" را می‌سازد شروع می‌شود.

دوم- از جهت محکمه‌ی صالح: در جرم بسیط، چنانچه جرم آنی باشد، دادگاهی صالح است، که جرم در حوزه‌ی آن رخ بدهد، و در صورتی که جرم مستمر باشد، هر دادگاهی که متهم در حوزه‌ی آن تردد کرده است صالح به رسیدگی است و در جرم به عادت، دادگاهی صلاحیت دارد به اتهام متهم رسیدگی کند که آخرین فعل سازنده‌ی "عادت" در حوزه‌ی آن رخ دهد.[۲]

سوم- از جهت رعایت قواعد تداخل: محکومیت متهم به اعتبار ارتکاب یک جرم، معمولاً مانع از محاکمه‌ی او به لحاظ جرایم پیشین می‌گردد؛ هرچند این جرایم در محاکمه‌ی او لحاظ نشده باشد، زیرا قواعد شرعی اجازه نمی‌دهد متهم به لحاظ ارتکاب مکرر نوع واحدی از یک جرم، مجازات‌های متعددی تحمل کند و براساس قاعده‌ی تداخل، یک مجازات درمقابل همه‌ی آنها کفایت می‌کند. قوانین وضعی با معتبر دانستن اعتبار امر مختوم، به چنین نتیجه‌ای دست یافته‌اند.

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، جلد ۶، ص ۳۲۰؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۱۳.

۲. به عقیده‌ی برخی از دانشمندان حقوق فرانسه، دادگاهی در مورد رسیدگی به جرایم به عادت صالح است که متهم در حوزه‌ی آن اقامت دارد. از این نظر که محل وقوع جرم جایی است که اعمال تکوین‌دهنده‌ی جرم در آن به وجود می‌آید و ممکن است فعل سازنده‌ی عادت در حوزه‌ی دیگری رخ دهد. بنابر این، عادت در مکان معین به وجود نیامده در خود متهم استقرار می‌یابد و لذا باید دعوی در محل اقامت او اقامه شود.

در صورتی که متهم یک‌بار محکوم گردد، منطقی است که برای بار دوم محاکمه نشود، مگر آن که به تکرار از او، اعمالی سر زند که عادت را می‌سازند، زیرا مجازاتی که برای جرم به عادت مقرر گردیده است، ناظر به "فعل حرام" است و نه به خود فعل، این همان رأیی است که دیوان عالی مصر آن را پذیرفته است.

۶۴. **اسلام و قوانین عرفی:** حقوق اسلامی در تقسیم جرایم به جرم ساده و جرم به عادت و در تغییر جرم اخیر، و این که فقط اعتیاد قابل مجازات است نه خود فعل، با قوانین عرفی اتفاق نظر دارد. در کشور مصر رویه‌ی قضایی این است که، جرم به عادت از تکرار دوباره‌ی یک عمل و یا ترک دوباره‌ی آن به وجود می‌آید.

۶۵. **جرایمی که از اعمال پی در پی به وجود می‌آیند:** گاهی متهم چندین فعل از عمل واحد را انجام می‌دهد؛ تا قصد مجرمانه‌اش را عملی کند، مثلاً از یک خانه چندین بار سرقت می‌کند (مقصود در یک مرحله است)؛ یا به شخصی ضربات متعدد وارد می‌سازد. این اعمال متعدد به هم پیوسته، از دیدگاه شریعت جرم واحد به حساب می‌آید و یک مجازات دارد. کسی که از یک خانه دوبار یا بیشتر سرقت می‌کند، فقط به یک جرم دست زده است. و کسی که به دیگری بیش از یک ضربه وارد سازد، مرتکب یک‌بار ایراد ضرب شده است.

۶۶. **تفاوت میان جرایم متوالی، جرم به عادت و جرم مستمر:** تفاوت اعمال مجرمانه‌ی پیاپی با جرم به عادت در این است که هر یک از اعمال سازنده‌ی جرم به عادت به تنهایی قابل مجازات نیستند، زیرا به تنهایی جرم را نمی‌سازند، اما در اعمال پیاپی، هر یک از آنها قابل مجازات است زیرا بدون نیاز به عمل بعدی، هر کدام جرم مستقلی به شمار می‌آیند، مثلاً کسی که از یک خانه چندین بار سرقت کند بار اوّل چیزهایی را بر می‌دارد به قصد آن که مجدداً برگردد و اشیای دیگری را با خود ببرد ولی موفق به مراجعت نمی‌گردد، مرتکب بزه سرقت گردیده است درست مانند آن که بر می‌گشت و کالاهای دیگری برمی‌داشت.

تفاوت اعمال پی‌درپی با جرم مستمر در این است که، در جرم نوع اول، چندین عمل جدا و منفک از هم وجود دارد و حال آن که جرم مستمر از یک فعل یا ترک فعلی به وجود می‌آید که در مدت طولانی، استمرار می‌یابد و یا در هر لحظه تجدید می‌شود.

۶۷. **چرا جرایم متوالی جرم واحد به حساب می‌آید:** به رغم تعدد و جدایی اعمال پیاپی سازنده‌ی جرم، این اعمال از آن جهت یک جرم به حساب می‌آید که حقوق اسلامی اجازه

نمی‌دهد برای چند جرم از نوع واحد، بیش از یک مجازات در نظر گرفته شود و براساس قاعده‌ی تداخل، یک مجازات را کافی می‌داند، این قاعده به طریق اولی ایجاب می‌کند تا اعمال پیاپی و متعددی که برای اجرای یک قصد مجرمانه به کار می‌روند، جرم واحد به حساب آید. هم‌چنان که وقوع این اعمال در جهت اجرای یک فکر و یک غرض نیز باعث می‌شود تا آنها را جرم واحد به حساب آوریم.

مبحث سوم: جرایم آنی و مستمر

۶۸. فقها این دونوع را مسکوت گذاشته‌اند: فقها درباره‌ی جرم آنی و مستمر سخنی نگفته‌اند، علت این امر آن است که آنان فقط به جرایم حدود، قصاص و دیات اهتمام ورزیده‌اند. آنها جرایم ثابتی هستند که اعمال سازنده‌ی آنها هیچ‌گاه تغییر نکرده است و مجازات پیش‌بینی شده نیز عوض نمی‌شود، این جرایم همگی آنی بوده در میان آنها جرم مستمر وجود ندارد، و از این رو، فقها به تفکیک جرم آنی و مستمر اهتمام نورزیده‌اند.

از جرایم تعزیر، برخی آنی و برخی دیگر مستمرند ولی فقها در بحث از احکام درباره‌ی این جرایم نیز راه اهمال پیموده‌اند، زیرا قوه‌ی مقننه از حیث تعیین افعالی که بخش اعظمی از جرایم تعزیر را می‌سازند و نیز در تعیین مجازات آنها، نقش بزرگی دارد. دیدگاه‌های قانون‌گذاران درباره‌ی جرایم، براساس اختلاف عادات و رسوم و کشورها متفاوت است، چه بسا امری را که قوه‌ی مقننه‌ی کشوری مباح می‌داند در کشور دیگری جرم تلقی شود و یا عملی که در این کشور به اعتبار و مبنایی خاص قابل مجازات است در کشور دیگر، از حیث دیگری، قابل مجازات باشد. به موجب این مسائل است که فقها مانند جرایم حدود، اهتمام لازم به تعزیرات، نداشته‌اند و به بحث در زمینه‌ی برخی از احکام مهم و ثابت که با تغییر هیئت‌های حاکم در کشورها تغییر نمی‌کنند، اکتفا کرده‌اند.

اکنون که احکام جرایم اعم از تعزیر و یا غیر تعزیر به صورت کلی و عمومی مورد بحث قرار می‌گیرند، هیچ مانعی نیست که جرم آنی و مستمر نیز مورد بحث و بررسی قرار بگیرد.

۶۹. جرم تعزیری آنی و مستمر: آنچه از بررسی جرایم تعزیر به دست می‌آید این است که آنها به اعتبار زمان ارتکاب بر دو دسته‌اند: جرم آنی یا موقت؛ جرایم مستمر یا غیرموقت.

جرایم آنی: آنهایی است که از یک فعل و یا ترک فعلی که در زمان محدود و معینی به وجود آمده تشکیل شود، و وقوع آن، بیش از زمانی که برای تحقق عمل و یا امتناع از آن لازم است، مستلزم صرف وقت بیشتر نباشد، مثل بزه سرقت که به مجرد وقوع فعل، یعنی

برداشتن مخفیانه‌ی مال، به وجود می‌آید؛ و مانند شرب خمر که به مجرد شرب آن، تحقق می‌پذیرد و مانند کتمان شهادت که به محض خودداری از ادای شهادت، رخ می‌دهد.

جرایم مستمر یا غیرموقت: آنهایی است که از یک فعل یا ترک فعلی که برای تجدد و یا استمرار قابلیت دارند ساخته شوند و وقوع آنها، هر زمانی را که جرم در آن استمرار یافته و یا تجدد پیدا کرده است دربرگیرد، بنابر این جرم پایان یافته تلقی نمی‌شود مگر آن که حالت استمرار و تجددش از دست برود. برای این مورد، بازداشت غیرقانونی، خودداری از پرداخت زکات، خودداری از تسلیم کودک به کسی که حضانت او را عهده‌دار است و خودداری از پرداخت دین به‌رغم قدرت بر تسلیم آن را، می‌توان مثال زد.

۷۰. معیار تفکیک جرم آنی از مستمر: احکام شریعت مبین آنند که کدام جرم آنی و کدام یک مستمر است، زیرا جرم را تعریف کرده و عنصر مادی آن را آشکار ساخته و بدین‌وسیله آنها از یکدیگر تفکیک شده‌اند. پس اگر فعل یا ترک فعل به محض ارتکاب و یا تحقق حالت امتناع، وقوع و پایان پذیرد، جرم آنی است و اگر تحقق آن مستمراً در طی زمان به وجود آید، جرم مستمر است.

در اینجا لازم است بین استمرار جرم و استمرار نتیجه‌ی آن تفاوت قایل شویم، مثلاً سرقت که یک جرم آنی است با اخذ مال به صورت مخفیانه تمام می‌شود، و باقی ماندن اموال مسروقه در استیلا و اختیار سارق به معنای استمرار سرقت نیست، بلکه به این معنا است که نتیجه‌ی آن استمرار دارد. جرم شرب خمر که جرم آنی است با خوردن خمر تمام می‌شود، و چنانچه متهم مست شود، مستی، استمرار جرم شرب خمر تلقی نمی‌شود، بلکه به معنای استمرار نتیجه‌ی آن است، زیرا مستی نتیجه‌ی شرب مسکر است. ایراد ضرب و جرح هم جرم آنی است که به مجرد ایراد ضرب و جرح به وجود می‌آید و تمام می‌شود، اگر مضروب مدتی تحت درمان بماند به معنای استمرار جرم نیست، بلکه نشان می‌دهد هنوز اثر جرم باقی است و نتیجه‌اش استمرار دارد.

۷۱. تقسیم جرایم مستمر: جرایم غیرموقت بر دو دسته‌اند: جرایم مستمر؛[1] و جرایم متجدد یا متمادی.

---

۱. نگارنده ترجیح داد که علاوه بر تقسیم‌بندی جرم به آنی یا مستمر، آن را به متمادی "یا متجدد" و مستمر "یا دایمی" نیز تقسیم کند، این شیوه با روش علمای حقوق که جرم را به آنی و مستمر تقسیم و جرم مستمر را نیز به جرم مستمر متمادی و جرم مستمر دایمی تقسیم می‌کنند سازگار نیست و از آن رو با آنها مخالفت کرده‌ام که الفاظ مورد استعمال، دقیقاً با معنای مستفاد از آنها انطباق داشته باشند.

جرم متمادی و یا متجدد آن است که استمرار آن هر لحظه به دخالت اراده‌ی متهم متوقف باشد، مانند امتناع از پرداخت زکات (یا ترک انفاق) و خودداری از تحویل طفل به کسی که عهده‌دار حضانت است و یا حمل اسلحه‌ی بدون مجوز؛ در صورت مزبور، مادامی که متهم با خود سلاح حمل می‌کند یا از تسلیم زکات و یا طفل خودداری می‌کند، جرم استمرار دارد ولی بقا و استمرار جرم به اراده‌ی متهم که کماکان مایل است سلاح بدون مجوز حمل یا از تسلیم زکات و کودک خودداری کند، متوقف است.

ولی در جرایم دایمی، استمرار جرم مستلزم دخالت اراده‌ی متهم نیست و بدون دخالت آن استمرار می‌یابد، مانند حفر چاه در معبر عمومی، احداث بنا در ملک دیگری یا در خارج از محدوده.

۷۲. اهمیت تقسیم جرم به آنی و مستمر: این تقسیم از جهات عدیده‌ای واجد اهمیت است:

الف ـ از جهت دادگاه صالح: در جرم آنی به منظور رسیدگی به اتهام متهم، دادگاهی صالح است که جرم در حوزه‌ی آن اتفاق افتاده باشد. اما در جرم متمادی "متجدد" و یا دایمی "مستمر"، هر محکمه‌ای که این جرم در حوزه‌ی قضایی آن رخ داده باشد، صلاحیت رسیدگی دارد، و چون ممکن است جرم مزبور در مکان‌های متعددی رخ بدهد لذا در جرم مستمر، ممکن است دادگاه صالح بیش از یک دادگاه باشد.

ب ـ از جهت مرور زمان: در جرم آنی، مرور زمان مسقط دعوی عمومی، از زمان ارتکاب آن شروع می‌شود ولی در جرم غیرموقت (متمادی یا دایمی) این مدت از روز اتمام حالت تجدد و استمرار آغاز می‌گردد.

ج ـ از جهت اعمال قوانین جدید: قوانین جزائی جدید درباره‌ی جرایم آنی عطف به ماسبق نمی‌شود ولی جرایم مستمری که پیش از تصویب آن قوانین شروع شده‌اند، در صورتی که حالت تجدد و استمرار، پس از لازم‌الاجرا شدن آنها ادامه داشته باشد، مشمول این قوانین خواهند بود.

د ـ از جهت اعتبار قضیه‌ی محکوم بها: در جرم آنی، واقعه‌ای مورد رسیدگی و حکم قرار می‌گیرد که در دادگاه طرح شده است، اگر جرایم دیگری رخ داده باشند که در محکمه طرح نشده‌اند، هرچند از نوع همین جرم باشند، مشمول این حکم نخواهند بود. هم‌چنین حکم مزبور به جرایمی که پس از صدور آن رخ دهند ناظر نیست.

اگر جرایم قبلی و بعدی از نوع جرمی باشند که مشمول حکم واقع شده است، نسبت به جرایم جدید بعدی، طرح شکایت جایز است و نسبت به جرایم قبلی جایز نیست، علت این

امر در "قاعده‌ی تداخل" است که به موجب آن طرح دعوی نسبت به جرایم سابق که با جرم مورد رسیدگی فعلی از یک نوع هستند، جایز نیست زیرا هدف از مجازات، تأدیب متهم و وادار کردن او به خودداری از ارتکاب جرم است و برای به دست آوردن این هدف، مجازات تشریع گردیده است، بنابر این به مجازات متعدد نیاز نیست، مگر آن که پس از اعمال مجازات، جرایم دیگری مرتکب شود.[1]

اما در جرایم غیرموقت (متمادی و دایمی) حکم دادگاه، شامل وقایع پیش از طرح دعوی نیز هست؛ هرچند به محکمه عرضه نشده باشند، زیرا کل آنها جرم واحدی را می‌سازند. از این رو طرح دعوای جدید نسبت به وقایعی که به محکمه عرضه نشده بودند، مادامی که مسبوق به حکم است، جایز نیست. اما درباره‌ی وقایعی که پس از صدور حکم به وجود آمده‌اند، اگر جرم از جرایم متمادی باشد، طرح دعوی و شکایت جدید مسموع و جایز است و اگر از جرایم دایمی باشند (که اراده‌ی متهم در استمرار آن دخیل نیست)، شکایت جدید مسموع نخواهد بود.

۷۳. بررسی تطبیقی: در تقسیم جرایم به آنی و غیرموقت و نتایجی که بر این تقسیم متبادر است، حقوق اسلامی با قوانین عرفی موضع یکسانی دارد. ولی به موجب نظر غالب در این قوانین، ممکن است متهم به سبب جرایمی که قبل از صدور حکم و رسیدگی به این جرم مرتکب شده است، محاکمه و مجازات شود، زیرا حکم دادگاه ناظر به واقعه است که رسیدگی کرده است، علت اختلاف در این است که حقوق اسلامی "نظریه‌ی تداخل" را می‌پذیرد ولی قوانین وضعی آن را نپذیرفته‌اند؛ هرچند برخی از علمای حقوق آن را مورد شناسایی قرار داده‌اند و طرف‌دارش هستند. ضمن بحث درباره‌ی این نظریه، موارد ذکر شده روشن خواهد شد.

---

۱. به شماره‌ی ۵۱ رجوع کنید.

فصل پنجم

تقسیم جرایم به اعتبار ماهیت آنها

مبحث اول: تقسیم جرایم بنابر حیثیت آنها

۷۴. جرایم از حیث طبیعتی که دارند بر دو دسته‌اند: جرم عمومی و جرم خصوصی.

جرایم عمومی یا بر ضد جامعه: جرایمی است که مجازات آنها برای حفظ مصالح عمومی است؛ خواه جرم ارتکابی علیه یک شخص صورت بگیرد یا علیه جامعه که مخلّ امنیت عمومی و نظم اجتماعی باشد. فقها می‌گویند کیفر این قبیل جرایم از حقوق‌الله به حساب می‌آید.[۱] معنای سخن این است که مجازات آنها، برای حمایت از جامعه، وضع و تشریع گردیده است و اطلاق "مجازات حق‌الله" از جانب فقها به این دلیل است که عفو یا تخفیف و توقف در اجرای آنها جایز نیست.

جرایم خصوصی یا بر ضد اشخاص: جرایمی است که مجازات آنها در جهت حمایت از اشخاص تشریع شده است؛ هرچند با مصالح جامعه نیز برخورد توأمان داشته باشد. جرایم حدود، از جرایم عمومی به شمار می‌آید؛ هرچند غالباً علیه افراد معینی صورت می‌گیرند و با منافع آنان تماس شدید دارند، مثل سرقت و قذف. وقتی گفته می‌شود این جرم با منافع جامعه در تضاد است به این معنا نیست که تصادم آن با منافع افراد نادیده گرفته می‌شود، بلکه مقصود تغلیب جنبه‌ی عمومی بر حیثیت خصوصی است به نحوی که رضایت و گذشت فرد در جرم و مجازات تأثیر نمی‌گذارد.

جرایم قصاص و دیه از جرایم خصوصی به حساب می‌آیند لکن این بدان معنا نیست که

---

۱. *بدائع الصنائع*، جلد ۷، ص ۳۳؛ *فتح القدیر*، جلد ۴، ص ۱۲.

تصادم و برخورد آن با منافع جامعه نادیده انگاشته شود، بلکه بـه مـعنای غـلبه‌ی حـیثیت خصوصی بر جنبه‌ی عمومی آن است. شخص می‌توانـد از قـصاص و دیـه بگـذرد کـه دو مجازات اصلی جرم محسوب مـی‌شوند، ولی اگـر مـجنی‌علیه از مـتهم بگـذرد، او را آزاد نمی‌کنند و برای حفظ مصلحت جامعه که غیرمستقیم صدمه دیده است به مجازات تعزیری محکوم می‌گردد.

برخی از جرایم تعزیر، واجد جنبه‌ی عمومی و برخی حیثیت خصوصی دارند، منظور از جامعه به شرحی است که قبلاً بیان شد.

واقعیت این است که هر جرمی که علیه جامعه صورت می‌گیرد در نهایت با مصالح افراد در تصادم است و بالعکس هر جرمی که علیه شخص صورت می‌گیرد، هرچند حق‌النـاس محض باشد در نهایت با مصلحت عمومی هم ناسازگار است. و از این جهت است که یکی از فقها می‌گوید «هیچ حق فردی نیست که خداوند در آن سهیم نباشد زیرا خداوند در ذمّه‌ی هر مکلفی این حق را گذاشته است که به دیگری آزار نرساند».[۱] پس اگر شریعت، حیثیت برخی از جرایم را عمومی تلقی کرده، از آن رو است که با مصالح جامعه بـیش از مـصالح اشخاص تماس دارد و برعکس آنجا که جنبه‌ی شخصی جرم را غلبه داده بدان سبب است که با منافع اشخاص بیش از منافع جامعه برخورد می‌کند.

مبحث دوم: جرم عادی و جرم سیاسی یا بغی

۷۵. فرق میان جرم عادی و جرم سیاسی: اسلام، از روز نخست بین این دو فرق گذاشته است، و در این افتراق، نظرش بر رعایت مصلحت جامعه و حفظ امنیت آن و مراقبت از آن نظام معطوف بوده است. هر جرمی که به انگیزه‌ی سیاسی به وجود آید، جرم سیاسی تلقی نمی‌شود؛ هرچند برخی از جرایم عادی که در اوضـاع و احـوال سـیاسی رخ دهـند، جـرم سیاسی به حساب می‌آید.

جرم سیاسی با جرم عادی در ماهیت هیچ تفاوتی ندارد، هر دوی آنها در محل وقوع بزه و نوع آن و آلات جرم یکسانند، فقط در انگیزه‌های مجرمانه با یکدیگر متفاوت هستند. جرم سیاسی برای تحقق اهداف سیاسی رخ می‌دهد و یا انگیزه‌های سیاسی، متهم را به سـوی آنها سوق می‌دهد اما در جرایم عادی، اصل بر این است که انگیزه‌های آن نیز عادی باشد البته بعید نیست که انگیزه‌های سیاسی شخص را به ارتکاب جرم عادی سوق دهد، بدین

---

۱. علی مختصر خلیل، *شرح الزرقانی*، جلد ۸، ص ۱۱۵.

معنی که گاهی ممکن است جرم عادی با جرم سیاسی اشتباه شود. و از این رو تفاوت گذاشتن بین آن دو اهمیت بزرگی دارد.

۷۶. جرم سیاسی چه هنگامی رخ می‌دهد؟ جرم سیاسی در اوضاع و احوال عادی رخ نمی‌دهد. هر جرمی که در اوضاع و احوال عادی رخ می‌دهد، مبتنی بر هر هدف و انگیزه‌ای که باشد، جرم عادی محسوب می‌شود. چنانچه کسی رئیس حکومت را به انگیزه‌ی سیاسی و در اوضاع و احوال عادی به قتل برساند، هرچند عضو گروه‌های سیاسی باشد، مرتکب جرم عادی شده است. عبدالرحمن بن ملجم، علی بن ابی‌طالب خلیفه‌ی مسلمین را با هدف سیاسی کشت، به رغم آن که از خوارج[۱] نهروان بود، قتل عادی به حساب آمد. این نظر خود علی (ع) بود و علمای پس از ایشان آن را متابعت کرده‌اند، آن حضرت به فرزندش امام حسن علیه‌السلام فرمود: «با اسیرتان خوش‌رفتاری کنید، اگر زنده ماندم من خود صاحب خونم، و اگر از دنیا رفتم، مانند ضربتی که به من زده است فقط یک ضربت با شمشیر به او بزنید».[۲]

جرم سیاسی در اوضاع و احوال غیرعادی و به صورت معین تنها در حالت شورش و انقلاب و جنگ رخ می‌دهد، چنانچه گروهی از مردم علیه دولت انقلاب کنند یا بین حکومت با برخی از شهروندانش درگیری رخ دهد، چنانچه محاربین و شورشیان شرایط معینی داشته باشند،ممکن است با جرم سیاسی مواجه شویم. اگر مخالفان واجد اوصاف لازم نباشند یا دارای آن اوصاف و شرایط باشند ولی اوضاع و احوال عادی باشد و شورش و جنگ رخ ندهد، اگر جرمی به وجود آید، آن جرم سیاسی به‌شمار نمی‌آید بلکه حتماً یک جرم عادی است.

۷۷. مجرمان سیاسی: جرم سیاسی در اصطلاح فقها: "بغی، و مجرمان سیاسی، بغات یا گروه باغیه" نامیده شده‌اند.

آن گونه که فقها تعریف کرده‌اند، بغات "کسانی هستند که علیه امام[۳] قیام می‌کنند، برای قیام خود توجیه پذیرفتنی دارند و از قدرت و اقتدار گروهی برخوردارند"؛[۴] یا آنان: "گروهی از مسلمانان هستند که با امام اعظم[۵] یا جانشین او به‌دلایل زیر به مخالفت برخاسته‌اند:

---

۱. خوارج گروهی بودند که علیه علی قیام کردند و او را شایسته‌ی حکومت نمی‌دانستند.
۲. *الشرح‌الکبیر*، جلد ۱۰، ص ۵۲.
۳. یعنی رئیس دولت یا رهبری.
۴. *همان*، جلد ۱۰، ص ۴۹.
۵. یعنی امام و خلیفه‌ای که بالاترین مقام اجرایی کشور است.

الف) سرپیچی از دستور او مانند خودداری از دادن زکات یا عمل به حکم شرعی؛ خواه از حقوق‌الله باشد یا از حقوق‌الناس؛[1] یا از پذیرش قولی و عملیِ طاعت وی علناً یا غیاباً سرپیچی کنند به شرط آن که این افراد از اشخاص سرشناس جامعه (اهل حل و عقد) باشند؛ هرچند نفس همین اعتقاد و عدم ایمان به رهبری جامعه از طرف هر کس حتی افرادی که معروف و قابل توجه هم نیستند، گناه و زیان‌بار است. در روایت آمده است: «اگر کسی بمیرد و بیعت امامی با وی نباشد، به‌سان مرده‌ی جاهلیت از دنیا رفته است».

ب) یا به منظور عزل امام از حکومت[2] به مخالفت بر می‌خیزند؛ که این عمل بر آنها حرام است؛ هرچند امام ستمگر باشد.[3]

فقها در مقابل اصطلاح "بغات" که به گروه قیام‌کننده اطلاق کرده‌اند، اصطلاح "اهل عدل" را درباره‌ی گروهی به‌کار برده‌اند که قیام نکرده‌اند و طرف‌دار حکومت هستند.

۷۸. شرایط لازم در مجرمان سیاسی یا بغات: از تعریف مجرمان سیاسی و از آنچه تاکنون گفته شد، شروط زیر را که باید در مجرم و عمل ارتکابی موجود باشد تا مجرم، سیاسی به‌شمار آید می‌توان استخراج کرد.

اوّل ـ هدف از قیام: هدف قیام یا باید عزل رئیس دولت یا هیئت حاکمه و یا خودداری از اطاعت از وی باشد. چنانچه زمینه‌های تحقق این هدف با شروط دیگر فراهم باشد، بزه، جرم سیاسی، و مجرم، مجرم سیاسی خواهد بود. اما اگر هدفِ قیام ایجاد دگرگونی باشد، مثلاً به

---

۱. احکام‌الله، عبارت از احکامی است که صیانت جامعه را در نظر دارد و احکام‌الناس، آنهایی است که مصلحت افراد مقصود آن است.

۲. رأی غالب در مذاهب اربعه این است که امام در اثر ظلم و فسق و معطل ساختن حقوق عزل نمی‌شود و لذا واجب نیست به قصد سرنگونی او و گماردن امام دیگری قیام شود؛ چه، اگر قیام و شورش مباح باشد به ناثباتی سیاسی و فراوانی فتنه‌ها و شورش‌ها و در هم‌ریختگی امور مردم منتهی می‌گردد. اقلیت عقیده دارند که امت می‌تواند در صورت لزوم امام را عزل کند و در اثر ستم و فسق و زیر پا گذاشتن حقوق مردم، خودبه‌خود از حکومت منعزل می‌گردد. پس اگر امام، عملی انجام دهد که به اختلال در اموال مردم و مخدوش‌شدن دین منجر شود، امت حق دارد او را عزل کند هم‌چنان که می‌تواند او را نصب نماید. و اگر عزل وی سبب فتنه گردد، از بقا و عزل، آنچه ضررش کمتر است انتخاب می‌شود. برخی از این گروه می‌گویند اگر عزل امام باعث فتنه نشود، امت مجاز به آن هستند و الا مجاز نیستند. از مالک روایت شده است که گفت: هر کس علیه امامی قیام کند تا حکومت را از او بستاند، چنانچه امام فردی مثل عمربن‌عبدالعزیز باشد بر مردم واجب است که به دفاع از او برخیزند. اگر فردی مثل او نباشد، چنین وظیفه‌ای ندارند. آنها را به حال خود بگذارید که خداوند به دست ظالم از ظالم انتقام می‌گیرد. رجوع کنید: *شرح‌الزرقانی*، جلد ۸، ص ۴۶۰؛ *حاشیة‌ابن‌عابدین*، جلد ۳، ص ۴۲۹؛ *احکام‌السلطانیه*، ص ۱۴؛ *الاقناع*، جلد ۴، ص ۲۹۲.

۳. *شرح‌الزّرقانی*، جلد ۸، ص ۶۰.

قصد ایجاد سیستم غیراسلامی باشد که با احکام شریعت و نظام موجود سازگار نیست؛ یا ایجاد زمینه‌ای برای تسلط بیگانه بر کشور اسلامی یا تضعیف اقتدار حکومت در مقابل دول دیگر باشد چنین قیامی، بغی یا جرم سیاسی نیست، بلکه فساد در زمین و محاربه با خدا و رسول اوست، این عمل جرم است که اسلام مجازات سنگینی برایش قایل شده است.[۱]

دوم ـ تأویل: مجرمان سیاسی باید متأول باشند؛ یعنی برای قیام خود دلیل اقامه کنند؛ هرچند در استدلال ضعیف باشند، مانند ادعای خوارج علیه امام علی (ع) که می‌گفتند او قاتلان عثمان را می‌شناسد و به آنها دست‌رسی دارد ولی چون هم‌دست آنهاست، قصاص نمی‌کند. و مانند استدلال برخی از کسانی که در دوران خلافت ابوبکر از پرداخت زکات خودداری می‌کردند و می‌گفتند باید زکات به کسی داده شود که دعای او مایه‌ی آرامش خاطر گردد. زیرا خداوند می‌فرماید «ای رسول خدا از آنان، اموالشان را به صدقه بگیر تا آنان را پاک و مزکّیٰ گردانی و بر آنان نماز بگذار که نماز تو برایشان آرامش است و خدا شنوای داناست» (توبه، ۱۰۳). پس اگر برای قیام علت و سببی را ذکر نکنند مثل این که بدون علت خواستار سرنگونی شوند و یا چون حاکم هم‌شهری آنان نیست به این سبب خواهان سرنگونی‌اش باشند، قطاع‌الطریق نامیده می‌شوند که در زمین فساد ایجاد می‌کنند و مجازات خاص خود را دارند و علی‌ای‌حال، باغی یا مجرم سیاسی نیستند.[۲]

سوم ـ قدرت: مجرم سیاسی یا باغی، باید دارای قدرت و اقتدار باشد. مقصود اقتدار شخصی نیست، بلکه منظور این است که از سوی هم‌فکران دیگر مورد حمایت قرار بگیرد (به عبارت دیگر باید گروه و تشکیلات سیاسی داشته باشد) و اِلا مجرم سیاسی به حساب نمی‌آید؛ هرچند برای قیام خود توجیه و استدلال هم داشته باشد.[۳]

چهارم ـ آشوب و جنگ: علاوه بر آنچه گفته شد، این جرم باید در حالت آشوب و جنگ، که برای نیل به هدف شعله‌ور گشته، رخ دهد. و اگر در حالت آشوب و جنگ داخلی صورت نگیرد، جرم سیاسی نیست، بلکه یک جرم معمولی است و مجازات آن مطابق با قانون است. شیوه و سنت علی بن ابی‌طالب (ع) چنین بود، گروهی از خوارج خطاب به علی (ع)، در حالی که مشغول سخن‌رانی بود گفتند: «لاحکم الاالله» و با این اشعار از او انتقاد می‌کردند که چرا حکمیت را پذیرفته است! علی (ع) در همان بالای منبر فرمود: «سخن حقی است که از آن امر باطلی اراده شده است. شما بر ما سه حق دارید: از مساجد بیرونتان

---

۱. *اسنی‌المطالب*، جلد ۴، ص ۱۱۱ و ۱۱۲؛ *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۵۲؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۲؛ *البحرالرائق*، جلد ۵، ص ۱۵۱.

۲. همان، جلد ۵، ص ۱۵۱ و ۱۵۴؛ *شرح‌الزّرقانی*، جلد ۸، ص ۶۲؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۲ و ۳۸۳؛ *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۴۹.

۳. *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۵.

نمی‌کنیم تا در آنجا خدا را یاد کنید. با شما شروع به جنگ نمی‌کنیم، حقوق شما را از بیت‌المال قطع نمی‌کنیم. و این امر تا زمانی است که با ما هستید؛ یعنی تا وقتی که بر ما نشوریده‌اید».[۱]

۷۹. حقوق و مسئولیت مجرمان سیاسی پیش از ایجاد آشوب: بغات حق دارند به شیوه‌ی سالم و قانونمند دیگران را به عقیده‌ی خود فرا خوانند و در چارچوب مقررات شریعت، آزادانه هرچه می‌خواهند بگویند. اهل عدل هم حق دارند به آنها پاسخ دهند و غلط بودن طرز تفکرشان را آشکار سازند. و اگر یکی از دو طرف درگفتار و دعوت مقررات شرعی را زیر پا بگذارند به اعتبار ارتکاب یک جرم عادی، مجازات می‌شوند، مثلاً اگر قذف کنند، حد می‌خورند و اگر فحاشی کنند تعزیر می‌شوند و هر یک از بغات که دست به ارتکاب جرمی بزنند به اعتبار ارتکاب یک جرم عادی، مجازات می‌شوند.[۲]

بغات حق گردهم‌آیی دارند، و اگر در جایی گرد هم آیند، تا زمانی که از حق کسی ممانعت و نافرمانی نکرده‌اند، هیچ کس حق ندارد متعرض آنان شود. این نیز سنت علی بن ابی‌طالب (ع) بود. گروهی از خوارج در نهروان اجتماع کرده و گوشه‌گیر شده بودند. حضرت نماینده‌ای به نزد آنان فرستاد، مدتی از او اطاعت کردند وی نیز با آنان خوش‌رفتار بود تا این که او را به قتل رسانیدند. علی (ع) به گروه خوارج پیام داد که قاتل او را تسلیم کنند، آنها نپذیرفتند و گفتند ما همگی او را کشته‌ایم. زمانی که از فرمان امام سرپیچی و شورش را علنی کردند با آنها جنگید.[۳]

به نظر مالک، و شافعی و احمد باید اوّل «اهل بغی» شروع به جنگ کنند تا «اهل عدل» با آنان وارد نبرد شوند و در این حال ریختن خونشان حلال است اما به نظر ابوحنیفه، تجمع و سرپیچی آنان کفایت می‌کند که با آنها جنگ شود.[۴]

۸۰. حقوق و مسئولیت مجرمان سیاسی در خلال شورش و پس از آن: در هنگامی که آتش آشوب و جنگ داخلی شعله‌ور گردد، وظیفه‌ی حکومت است که صرفاً تا حد بازداشتن

---

۱. *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۵۸؛ *الشرح‌الکبیر*، جلد ۱۰، ص ۷۱ و ۷۲؛ *اسنی‌المطالب*، جلد ۴، ص ۱۱۲؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۴.

۲. *الاحکام‌السلطانیه*، ۵۸؛ *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۶۰؛ *اسنی‌المطالب*، جلد ۴، ص ۱۱۲ و ۱۱۴؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۷۶.

۳. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۴۸؛ *البحرالرائق*، جلد ۵، ص ۱۵۲؛ *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۵۳ تا ۵۸؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۳.

۴. *شرح فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۴۱۱.

مجرمان سیاسی از ادامه‌ی نبرد و تنبّه آنان با آنها بجنگد و قصدش قتل و نابودی آنان نباشد و فقط با کسی بجنگد که مقابله می‌کند و باید از کشتن کسی که عقب کشیده و فرار کرده است خودداری نماید؛ به مجروحانشان تیر خلاص نزند و اسرای آنان و یا کسی که سلاح خود را بر زمین گذاشته است به قتل نرساند؛[۱] اموالشان را مصادره نکند و زنان و فرزندانشان را به استیلای خود در نیاورد زیرا رسول خداوند (ص) می‌فرماید: «آنچه در قلمرو سرزمین اسلامی است در پناه و حمایت است».[۲]

وقتی حالت جنگ پایان یافت و آتش فتنه خاموش شد، حکومت مکلف است آن بخش از اموال متعلق به مجرمان سیاسی را که در اختیار "اهل عدل" قرار گرفته، مسترد بدارد و چنانچه بخشی از دارایی آنان در غیر حالت جنگ از بین رفته باشد، تلف‌کننده، ضامن است. ولی آنچه را "اهل بغی" از جان و مال در اثر آتش جنگ از بین برده‌اند، هدر است و آنچه در غیر آن حالت تلف کرده‌اند، ضامن‌اند و در مقابل آن مسئول؛ این رأی برتر است. اما به عقیده‌ی طرف‌داران رأی مخالف، مجرمان سیاسی حتی در مقابل آنچه در حالت جنگ از بین برده‌اند نیز مسئول هستند، زیرا به نظر آنان "گناه"، حق را باطل نمی‌کند و مسئولیت را ساقط نمی‌سازد. اما دلیل طرف‌داران رأی نخست این است که در دوران علی (ع) و معاویه، فتنه‌ی بزرگی رخ داد و صحابه اجماعاً نظر داشتند که اگر کسی با توجیه قرآنی، مرتکب حرامی شده یا مالی را تلف کرده است، حد نخورد. و از این رو استدلال می‌کنند که مجرمان سیاسی گروهی هستند که با توجیه متکی بر قرآن، جنگ را آغاز کرده‌اند و لذا درمقابل آنچه از "اهل عدل" تلف کرده باشند، ضامن نیستند، چنانچه اهل عدل هم ضامن نیستند. دیگر آن که اگر آنان بازاء این امور، مسئول شناخته شوند از برگشت به فرمان‌بری از دولت می‌گریزند.[۳]

هرچند بغات به اعتبار جرایمی که در خلال آشوب، اعم از قتل نفس یا اتلاف مال، مرتکب گردیده‌اند مسئول شناخته نمی‌شوند، دولت اسلامی، چنانچه آنان را عفو نکند، بنابر مصلحت، می‌تواند آنان را به علت سرپیچی از فرمان‌بری، به کیفر تعزیری محکوم

---

۱. به عقیده‌ی ابوحنیفه، چنانچه مصلحت عمومی ایجاب کند، کشتن اسیر جایز است. دیگر ائمه این نظر را قبول ندارند. ن. ک. *البحرالرائق*، جلد ۵، ص ۱۵۳.

۲. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۴۹؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۱۵۲ و ۱۵۳؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۶۳؛ *نهایة‌المحتاج*، جلد ۷، ص ۳۸۶ و ۳۸۷؛ *شرح‌الزرقانی*، ج ۴، ص ۶۱ و ۶۲؛ *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۴۹؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۱۴.

۳. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۳۸۶ و ۳۸۷؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۱۵۳؛ *شرح‌الزرقانی*، ج ۸، ص ۶۱ و ۶۲؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۵۰؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۱۴؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۶۰ و ۶۱؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۱۰، ص ۶۱ و ۶۲.

نماید. از دیدگاه مالک و شافعی و احمد این مجازات تعزیری نباید قتل باشد زیرا از نظر آنان کشتن اسیر و مجروح جایز نیست، پس به طریق اولی کسی که تسلیم شده است نباید کشته شود اما به عقیده‌ی ابوحنیفه، چنانچه مصلحت ایجاب کند، کشتن اسیر جایز است و نیز قتل بغات را به لحاظ شورش، مجاز می‌داند و به این اعتبار و قیاساً قتل باغی را تحت عنوان تعزیر جایز می‌شمارد. علی ای حال دست قاضی در جرایم تعزیری باز است و می‌تواند از میان مجازات‌ها، مجازاتی را که مناسب تشخیص می‌دهد انتخاب کند. چنانچه دولت هم می‌تواند تمام یا بعضی از جرایم را عفو کند.

۸۱. مجازات مجرمان سیاسی در حقوق اسلامی: از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که مجازات مجرمان سیاسی به اعتبار وضعیت‌های متفاوت، گوناگون خواهد بود، مثلاً در مقابل جرایمی که پیش از شورش و جنگ یا پس از آن مرتکب می‌شوند، از آنجا که این جرایم عادی محسوب می‌شوند و در حالت شورش و جنگ رخ نداده‌اند، مرتکبان آن به تحمل مجازات‌های عادی متناسب محکوم می‌شوند. و نیز جرایمی که در خلال شورش یا جنگ داخلی به دست آنان رخ می‌دهد، بازاء آن اعمالی که حالت جنگ و شورش، اقتضا می‌کرده است مانند مقاومت در مقابل نیروهای دولتی و کشتن آنان و اشغال شهرها و مراکز حکومتی، تصرف و استیلا بر اموال عمومی و تحصیل آنها، تخریب پل‌ها، آتش زدن قلاع و تخریب انبارها و آنچه مقتضای جنگ است، از آنجا که همگی جرایم سیاسی هستند، کشتن آنان و گرفتن اموالشان به اندازه‌ای که غلبه حاصل آید و دست از جنگ بردارند، جایز است و چنانچه دولت پیروز شود و بغات سلاح خود را بر زمین نهند، جان‌ها و اموالشان در حمایت قانون قرار می‌گیرد و رئیس دولت می‌تواند آنان را عفو یا به اعتبار خروجشان تعزیر کند، این تعزیر به سبب جرایمی که در حین شورش مرتکب شده‌اند نیست، بلکه به سبب "خروج" که یک جرم سیاسی است تعزیر می‌شوند.

آنچه بیان شد، حکم جرایمی بود، که در اثنای شورش و جنگ و به اقتضای آنها رخ می‌داد. اما جرایم دیگری که مجرمان سیاسی انجام می‌دهند ولی طبیعتِ شورش آن را ایجاب نمی‌کند، هرچند در اثنای جنگ انجام یافته باشند، مانند شرب خمر، زنا و کشتن یکدیگر، سرقت مال دیگری، جرم عادی محسوب می‌شوند و مرتکبان به مجازات قانونی آن می‌رسند.[۱]

---

۱. از بغی یا جرم سیاسی در این مقال در حدی توضیح داده شد که تفاوت آن با جرم عادی و عناصر اساسی آن شناخته شود. بررسی تفصیلی این جرم و ذکر جزئیات آن در جلد دوم همین کتاب در مبحث "بغی" به عنوان یک جرم اختصاصی شرح داده شده است.

۸۲. بررسی تطبیقی: در قوانین وضع شده‌ی پیش از انقلاب کبیر فرانسه، جرم سیاسی خطرناک‌تر از جرم عادی تلقی می‌شد. با مجرم سیاسی طوری رفتار می‌شد که با ابتدایی‌ترین قواعد عدالت منافات داشت. او را به مجازات‌های سنگین محکوم ساخته و اموالش را مصادره می‌کردند، خانواده‌اش به گناه او دست‌گیر و از حقوقی که مجرمان عادی برخوردار بودند محروم می‌شدند. پس از انقلاب فرانسه، در این قوانین تغییراتی نسبت به مجرمان سیاسی ایجاد شد. امروزه تحت تأثیر نهضت‌ها و انقلاب‌های سیاسی که در کشورهای اروپایی رخ داد، با مجرمان سیاسی با عطوفت و مهربانی می‌نگرند و مجازات‌هایی که برای جرایم سیاسی در نظر گرفته شده است در مجموع از مجازات جرایم عادی سبک‌تر است.

علمای حقوق در وجه تمایز جرم سیاسی از جرم عادی اختلاف نظر دارند به عقیده‌ی برخی از آنان، قصد بزه‌کار از ارتکاب جرم، وجه تمایز به حساب می‌آید، اگر بزه‌کار به منظور سیاسی دست به ارتکاب بزه زده است، جرم سیاسی است اما چنانچه هدف سیاسی نداشته باشد، جرم عادی است. اشکال و ایراد چنین نظری در این است که، ماهیت جرم را با انگیزه‌ی بزه‌کار تعیین می‌کند و به قاتلان و سارقان این امکان را می‌دهد، تا از مزیتی برخوردار شوند که شایسته‌ی آن نیستند. به عقیده‌ی برخی دیگر از علمای حقوق، نوع بزه ارتکابی با توجه به حقی که مورد تجاوز قرار گرفته است و صرف نظر از انگیزه‌ی مجرم، تعیین می‌شود. به موجب این رأی، فقط جرمی سیاسی محسوب می‌شود که اساس حکومت را در معرض خطر قرار دهد. ایراد نظریه‌ی فوق در این است که برخی از جرایم را که بدون شک سیاسی هستند، جرم عادی به حساب می‌آورد، مانند جرایمی که با شورش و جنگ داخلی رابطه‌ی نزدیک و تنگاتنگ دارند.

پاره‌ای از علمای حقوق درصدد برآمده‌اند تا میان جرایمی که در حال شورش و جنگ داخلی رخ می‌دهند و جرایمی که در اوضاع و احوال عادی به وقوع می‌پیوندد، تفاوت بگذارند و جرایم دسته‌ی اخیر را، هرچند با انگیزه‌های سیاسی رخ داده باشند، جرم عادی شناخته و جرایمی را که در خلال شورش و جنگ داخلی و به اقتضای آن رخ دهند و از اعمالی باشند که با جنگ نظامی رابطه دارند، جرم سیاسی قلمداد کرده‌اند. این همان رأیی است که مؤسسه‌ی حقوق بین‌الملل آن را پذیرفته است.

در قوانین وضعی جدید، جرایمی مانند مسلک اشتراکی و کمونیسم که بر ضد نظام اجتماعی است و هر جرم دیگر علیه استقلال دولت، جرم عادی به حساب می‌آید، زیرا این قبیل جرایم بر ضد نظام حکومتی و فرمان‌روایان نیست. این رأی را نیز مؤسسه‌ی حقوق

بین‌الملل در ۱۸۹۲ بیان و اعلان کرده است زیرا مؤسسه‌ی مزبور بر آن است که جرایم ضد نظام اجتماعی در جهت رعایت قواعد حاکم بر استرداد مجرمان، از جرایم سیاسی محسوب نمی‌شود.[1]

از آنچه گفته شد، معلوم گردید که در جدیدترین نظریات قوانین عرفی، زمانی جرم، سیاسی محسوب می‌شود که علیه حاکمان و شکل حکومت باشد و جرمی که بر ضد نظام اجتماعی و دولت و به منظور استفاده و وابستگی به دول دیگر باشد، جرم سیاسی به حساب نمی‌آید، و تحقق جرم سیاسی به شرطی محرز است که در حالت شورش و جنگ داخلی و به اقتضای آن پدیدار گردد. این دیدگاه با حدود و شرایطی که اسلام از ۱۳ قرن پیش برای جرم سیاسی درنظر گرفته کاملاً یکسان است. و هیچ تفاوتی در این نکته میان حقوق اسلامی و قوانین وضعی وجود ندارد جز آن که اسلام، در تفکیک بین جرم سیاسی و عادی و تعریف و تعیین جرم نخست پیش‌تاز بوده و قوانین وضعی تحت تأثیر آن بوده و اصول آن را اتخاذ کرده است.

---

۱. *الموسوعة‌الجنائیه*، ج ۳، ص ۴۷ تا ۵۳؛ شرح *قانون‌العقوبات* کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۸۵ تا ۸۹؛ *القانون‌الجنائی*، علی بدوی، ص ۷۶ تا ۸۸؛ *القانون‌الجنائی*، احمد صفوت، ص ۷۳ تا ۷۶.

باب دوم

عناصر عمومی جـرم

۸۳. ارکان بزه: در تعریف جرم بیان شد که جرایم همان محظورات شرعی هستند که خداوند مرتکب آن را با حد یا تعزیر مجازات می‌کند و نیز توضیح داده شد که "محظورات" عبارت‌اند از: انجام‌دادن فعل حرام یا ترک فعل واجب. اشاره شد که "محظورات" باید شرعی باشد؛ یعنی مطابق با مقررات شرع، انجام‌دادنش ممنوع است و فعل و ترک فعل، فی‌نفسه جرم تلقی نمی‌شود مگر آن که مشمول مجازات دانسته شوند.

از آنجاکه اوامر و نواهی، تکالیف شرعی به شمار می‌آیند، فقط معطوف به کسی یا کسانی هستند که عاقل بوده باشند و معنای تکلیف را بدانند، زیرا "تکلیف"، مخاطب قراردادن شخص است و کسی که عقل و فهم ندارد مانند حیوان و جماد، محال است که مخاطب قرار بگیرد. هم‌چنین کسی که می‌تواند اصل خطاب را بفهمد (مانند مجنون و طفل غیرممیز که از فهم جزئیات عاجزند) ولی از درک و فهم خطاب، از جهت آمر و ناهی بودن آن و این که ثواب و عقابی بر آن بار است ناتوان باشد، در حکم حیوان و جماد است که از فهم اصل خطاب عاجز است و از این رو نمی‌تواند مخاطب تکلیف قرار بگیرد؛ زیرا تکلیف، هم‌چنان که بر فهم اصل خطاب و پیام متوقف است بر فهم جزئیات آن نیز منوط می‌باشد.[1]

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، جلد اول، ص ۲۱۵؛ غزالی *المستصفی*، جلد اول، ص ۸۳.

از آنچه بیان شد، چنین برمی‌آید که جرم به طور کلی باید واجد ارکانی باشد به شرح ذیل:

۱ـ حکمی که در آن جرم ممنوع و قابل مجازات شناخته شود، این همان است که در اصطلاح جدید، عنصر قانونی جرم نامیده می‌شود.

۲ـ ارتکاب عملی که جرم تلقی می‌شود، اعم از فعل یا ترک فعل. این رکن همان است که امروزه به عنصر مادی جرم معروف است.

۳ـ متهم بتواند در مقابل جرم ارتکابی مسئول شناخته شود (مکلف باشد). امروزه به این رکن، عنصر معنوی می‌گویند.

این‌ها ارکان عمومی است که به طور کلی باید در هر جرمی مستتر باشد ولی وجود این عناصر، ما را از ضرورت وجود ارکان خاص هر جرم که آن را قابل مجازات می‌سازد، بی‌نیاز نمی‌کند، مانند رکن: ربودن مخفیانه در بزه سرقت و رکن "وطی" در بزه زنا و ارکان خاص و اختصاصی سایر جرایم.

فرق ارکان عمومی و خصوصی یک جرم در این است که عناصر اولی در هر جرمی یکسان و حال آن که عناصر اختصاصی بر حسب تعداد و نوع، نسبت به هر جرمی متفاوت است. شیوه‌ی فقها چنین است که درباره‌ی عناصر عمومی و اختصاصی هر جرم یکجا بحث کنند. ولی برای رعایت شیوه‌ی جدید نگارش و تألیف، ترجیح داده شد که عناصر عمومی جرم در قسمت جزای عمومی مورد بررسی قرار گیرند و بحث از ارکان اختصاصی به جلد دوم "جزای اختصاصی" که شامل بررسی یکایک جرایم با اوصاف اختصاصی آن است، موکول شود.

بخش اول

عنصر قانونی جرم

۸۴. از نظر حقوق اسلامی برای این که عملی جرم محسوب شود لازم است، حکمی باشد که در آن جرم ممنوع و ارتکاب به آن مشمول مجازات دانسته شود، این موضوع همان است که امروزه به عنصر قانونی جرم معروف است.

چنین حکمی فاقد کفایت لازم برای قابل مجازات دانستن اعمالی است که در هر زمان و مکانی از اشخاص سر می‌زند، بنابر این عمل ارتکابی به شرطی مجازات‌شدنی خواهد بود که حکم تحریم در زمان ارتکاب فعل نافذ باشد و مکان ارتکاب فعل در قلمرو آن قرار گیرد، و مشمول شخص مرتکب هم بشود، چنانچه یکی از شروط مزبور نباشد، عمل ارتکابی مشمول مجازات نخواهد بود.

بررسی عنصر قانونی جرم، مستلزم مطالعه‌ی مباحث ذیل است که به هر کدام فصل جداگانه‌ای اختصاص داده شده است:

۱ـ مقرراتی که مبیّن جرایم و مجازات‌ها و به عبارت دیگر قوانین جزائی هستند؛

۲ـ قلمرو قوانین جزائی در زمان؛

۳ـ قلمرو قوانین جزائی در مکان؛

۴ـ قلمرو قوانین جزائی نسبت به افراد.

فصل اول

مقررات مبیّن جرایم و مجازات‌ها ـ قوانین جزائی

۸۵. مطالعه‌ی قوانین جزائی، یا احکام جنایی ایجاب می‌کند مسائل ذیل بررسی شود: ۱ـ اثر احکام جنایی در جرم و مجازات؛ ۲ـ مستندات قوانین جزائی به عبارت دیگر منشأ قوانین؛ ۳ـ تفسیر قوانین جزائی؛ ۴ـ تعارض و نسخ و بطلان قوانین؛ ۵ـ وابستگی احکام شرعی به احکام قانونی. هر یک از مسائل فوق با "عنوان مبحث" بررسی می‌شود.

مبحث اول: احکام جزائی اسلام و تأثیر آن در جرم و مجازات

۸۶. مقدمه: فقها احکام و مقررات جزائی را به دو دسته تقسیم می‌کنند: احکام تکلیفی و احکام وضعی.

حکم تکلیفی آن است که مکلف را یا وادار به عملی یا از انجام‌دادن آن منع می‌کند؛ و یا او را در انجام‌دادن یا خودداری از آن مخیر می‌سازد.[1]

این حکم را از آن جهت تکلیفی می‌گویند که مکلف را ملزم می‌سازد تا عملی را انجام دهد، مانند آیه‌ی ۵۸ سوره‌ی نساء که مقرر می‌دارد «همانا خداوند به شما فرمان می‌دهد که امانت‌ها را به صاحبانشان برگردانید و در میان مردم به عدالت داوری کنید». و یا او را به امتناع از عملی ملزم می‌دارد، مانند آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی اسراء که می‌فرماید «و هرگز نفس

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول الاحکام*، جلد ۱، ص ۱۸۱ به بعد؛ غزالی، *المستصفی*، جلد ۱، ص ۶۵ به بعد؛ عبدالوهاب خلاف، *اصول الفقه*، ص ۷۴.

محترمی را که خدا قتلش را حرام کرده مکشید مگر آن که به حکم حق مستحق قتل شود» و آیه‌ی ۳۲ همان سوره که می‌فرماید «و زنا مکنید». و یا حکم تکلیفی، مکلف را در انجام‌دادن و یا خودداری از عمل مختار می‌سازد، مانند آیه‌ی ۲ سوره‌ی مائده که می‌فرماید «و چون از احرام بیرون آمدید صید کنید» و آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی اسراء که می‌فرماید «و کسی که خون مظلومی را به ناحق ریزد ما بر ولیّ او، حکومت و تسلط بر قاتل دادیم».

حکم وضعی آن است که ایجاب می‌کند امری سبب یا شرط یا مانع امر دیگر به حساب آید و به این جهت آن را حکم وضعی می‌گویند که اقتضا می‌کند:

۱ـ برای مسبب، سببی وضع شود، مانند قول خداوند که «دست‌های مرد و زن سارق را قطع کنید» (مائده، ۳۸) و «به هر یک از زن و مرد زناکار صد تازیانه بزنید» (نور، ۲). اقتضای آیات مزبور این است که به ترتیب، سرقت و زنا، سبب قطع دست و اجرای حد زنا می‌گردد.

۲ـ یا اقتضا می‌کند برای مشروط، شرطی وضع شود، مانند قول خداوند که می‌فرماید: «چرا به دعوی خود چهار شاهد اقامه نکردند، پس حال که شاهد نیاوردند البته نزد خدا مردمی دروغ گویند» (نور، ۱۳). این حکم برای اثبات زنا، شهادت چهار شاهد را شرط می‌داند و مانند فرمایش پیامبر (ص) که «چنانچه نصاب مال مسروقه به ربع دینار برسد دست سارق قطع می‌شود» این حکم، قطع دست سارق را مشروط می‌کند به این که قیمت مال مسروقه، ربع دینار یا فراتر باشد.

۳ـ یا در مقابل احکام شرعی مانعی را وضع می‌کند، مانند قول پیامبر (ص) که سرقت میوه‌ی چیده نشده موجب قطع دست نمی‌شود. این حکم، چیده نشدن محصول میوه‌جات را، مانع از قطع دست سارق می‌داند؛ یا مانند این قول پیامبر که «قاتل ارث نمی‌برد». این حکم هم، قتلی را که به انگیزه‌ی ارث رخ دهد، مانع از توارث ساخته است.[1]

تفاوت حکم تکلیفی با حکم وضعی عبارت است از: ۱ـ مقصود حکم تکلیفی درخواست انجام‌دادن عمل یا خودداری از آن است و یا آن که مکلف را بین آن دو مخیر می‌سازد. اما مقصود حکم وضعی، بیان اسباب و شروط و موانع است. ۲ـ حکم تکلیفی همیشه در اختیار خود مکلف است، می‌تواند آن را انجام دهد و اگر بخواهد انجام ندهد. ولی حکم وضعی همیشه چنین نیست، گاهی در اختیار مکلف است و گاهی هم در اختیار و اقتدار او قرار ندارد.

لازم است بدانیم که ممکن است یک حکم هم شامل حکم تکلیفی باشد و در عین حال

---

۱. *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، جلد ۱، ص ۸۱ به بعد؛ *المستصفی*، جلد اول، ص ۹۳ به بعد؛ عبدالوهاب خلاف، *اصول‌الفقه*، ص ۷۴ به بعد.

حکم وضعی را نیز در برگیرد، مانند: «السارق و السارقة فاقطعوا ایدیهما» این آیه حکم تکلیفی را که، عبارت است از خودداری از سرقت، دربرمی‌گیرد و هم‌زمان متضمن حکم وضعی نیز هست که سرقت را سبب قطع دست دانسته است.

در خصوص احکام ناظر به جرایم، احکام تکلیفیه‌ای که انجام‌دادن یا ترک فعلی را از مکلف می‌خواهند مورد توجه و بررسی ما خواهد بود. احکام تکلیفی تخییری که مکلف را در انجام‌دادن عمل یا ترک آن مخیر می‌سازند، بنابر رأی برتر، مجازات ندارند و جرم محسوب نمی‌شوند. درخصوص احکام ناظر به مجازات‌ها، احکام وضعی اعم از آن که مبیّن سبب، شرط و یا مانع حکمی باشند، اهمیت خاص دارند، زیرا این حکم وضعی است که مبیّن مجازات و اسباب و شروط و موانع آن است.

۸۷. قواعد اساسی حقوق جزای اسلام: از قاعده‌های اصلی و اساسی شریعت این است که "لا حکم لافعال العقلاء قبل ورود النص"؛ یعنی تا زمانی که حکم حرمت نیامده است، ممکن نیست اعمال مکلفین جرم محسوب گردد و مکلف در انجام‌دادن فعل یا ترک آن با هیچ محدودیتی مواجه نیست؛ تا زمانی که حکم حرمت بیان شود.

قاعده‌ی اساسی دیگری با این مضمون وجود دارد که "الاصل فی الاشیاء و الافعال الاباحة" یعنی هر فعل و ترک فعلی اصلاً مباح و جایز است "اصالت الاباحة" و تا زمانی که به تحریم و ممنوعیت عمل، حکمی نیامده است، کسی که آن را انجام می‌دهد یا آن را انجام نمی‌دهد، مسئولیت ندارد.

این دو قاعده[1] مفهوم و معنای واحدی دارند و آن عبارت است از این که هیچ فعل یا ترک فعلی جرم محسوب نمی‌شود مگر آن که حکم روشنی، انجام‌دادن یا ترک آن را ممنوع سازد

---

۱. اکثر حنفیه و شافعیه قاعده‌ی دوم، و سایرین قاعده‌ی اوّل را پذیرفته‌اند. اینان می‌گویند "اباحه" در صورتی متصور است که اجازه‌دهنده‌ای در میان باشد که عبارت است از خداوند، در صورتی که بندگانش را با خطاب خود میان عمل و ترک فعل مخیر ساخته باشد پس در صورتی که فرمان و خطابی نیست، تخییر و اباحه‌ای هم در میان نخواهد بود از نظر این گروه، اعمال نه ممنوع هستند و نه مجاز و در انجام‌دادن و ترک آن هیچ محدودیتی نیست؛ تا زمانی که بر ممنوعیت یا ترک آن حکمی وضع گردد. کسانی که قاعده‌ی دوم را پذیرفته‌اند می‌گویند معنای "اباحه" این است که در انجام‌دادن هیچ فعلی محدودیت و حرجی نیست. این اختلاف باعث وضع دو قاعده‌ی مزبور گردیده است. برای اطلاعات بیشتر رجوع شود به: *الاحکام فی اصول الاحکام* آمدی، ج ۱، ص ۱۳۰ به بعد؛ *المستصفی* غزالی، جلد ۱، ص ۶۳ به بعد؛ *مسلم الثبوت*، ج ۱، ص ۴۹؛ *الاحکام فی اصول الاحکام* ابن حزم ج ۱، ص ۵۲ به بعد.

و تا زمانی که چنین حکمی وجود ندارد، فاعل یا کسی که از انجام‌دادن آن فعل خودداری کرده است مسئولیت ندارد. از آنجا که اعمال ممنوع شرعی فقط در صورت شمول مجازات، جرم به شمار می‌آیند؛ اعم از آن که این مجازات حد باشد یا تعزیر، این نتیجه حاصل می‌شود که به موجب قواعد حقوق اسلامی، هیچ جرم و مجازاتی بدون حکم شرعی یعنی "قانون" وجود ندارد.

بنابر قاعده‌ی اساسی سوم، "شرعاً کسی مکلف فرض می‌شد که بتواند دلیل تکلیف را بفهمد و برای انجام‌دادن تکلیف اهلیت داشته باشد و فقط به انجام‌دادن امری مکلف می‌شود که بتواند از عهده‌ی آن برآید و تا حدی به آن شناخت داشته باشد و بتواند آن را انتخاب و عمل کند."[۱]

این قاعده، شرایط و اوصافی را که مکلف یا شخص مسئول و هم‌چنین تکلیف، باید دارا باشد بیان می‌کند. اما مکلف، لازم است اولاً بتواند دلیل تکلیف را بفهمد. به عبارت دیگر، استعداد فهم مقررات شرعی را که متضمن حکم تکلیفی است دارا باشد زیرا کسی که از "فهمیدن موضوعی" ناتوان است نمی‌تواند مأموریت و تکلیف خود را انجام دهد. ثانیاً برای تکلیف اهلیت داشته باشد به عبارت دیگر، برای مسئولیت و مجازات اهلیت داشته باشد. تکلیف باید دارای شرایط و اوصاف ذیل باشد:

اول: انجام‌دادن آن ممکن باشد؛ امر محال موضوع تکلیف قرار نمی‌گیرد.

دوم: مکلف توانایی انجام‌دادن یا انجام ندادن آن را داشته باشد. در غیر این صورت، صحیح نیست موضوع تکلیف باشد.

سوم: علاوه بر دو شرط فوق، تکلیف باید برای مکلف معلوم و شناخته شده باشد؛ تا از عهده‌ی انجام‌دادن آن برآید. شناختی که مکلف را به اتیان تکلیف وادار می‌سازد ایجاب می‌کند که

الف ـ مکلف احکام تکلیفی را بشناسد. حکم تکلیفی در صورتی معلوم و شناخته شده فرض می‌شود که به صورت قانون درآید و برای اطلاع عموم منتشر گردد. پس کسی که از وجود "امر یا نهی" بی‌اطلاع باشد، ممکن نیست به انجام‌دادن آن مأمور یا از آن نهی شود. معنای شرط مزبور این است که تا حکم متضمن جرم انتشار نیابد، جرم وجود خارجی پیدا نمی‌کند.

ب ـ حکم مزبور به گونه‌ای باشد که مکلف را به انجام‌دادن تکلیف وادار سازد و از

---

۱. عبدالوهاب خلاف، *اصول‌الفقه*، ص ۱۷۳.

نافرمانی و سرپیچی آن باز دارد. به عبارت دیگر، مکلف بداند که اگر از حکم مزبور تبعیت ننماید، کیفر خواهد دید. این شرط بدان معناست که حکم متضمن جرم، باید مجازات آن را نیز بیان کند.

از این قاعده‌ی اساسی مانند دو قاعده‌ی پیشین به روشنی برمی‌آید که جرم و مجازات بدون قانون متصور نیست.

۸۸. مستند این قواعد: این قواعد که دیدگاه حقوق اسلامی را مبنی بر این که هیچ جرم و مجازاتی بدون قانون "حکم شرعی" ممکن نیست، قاطعانه بیان می‌کند، صرفاً به عقل و منطق متکی نیست و هم‌چنین به اصول عمومی اسلام که به عدل و نیکی فرمان داده است و ظلم و تعدی را قبیح می‌شمارد نیز اتکا ندارد، بلکه در این موارد به احکام خاصی استناد می‌شود که در این باره صراحت دارند از جمله‌ی آنهاست «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولاً» (اسراء، ۱۵) و این آیه که می‌فرماید: «و پروردگار تو اهل هیچ شهر و دیاری را، تا در مرکز آن رسولی نفرستد که آیات ما را بر آنها تلاوت کند، هرگز هلاک نسازد» (قصص، ۵۹) و «... تا آن که پس از فرستادن این همه رسولان مردم را بر خدا حجتی نباشد» (نساء، ۱۶۵) و «تا به وسیله‌ی آن [قرآن]، شما و هرکس از افراد بشر را که آن را بشنود بترسانم» (انعام، ۱۹) و «لایکلف‌الله نفسا الا وسعها...» «و خداوند کسی را مکلف نگرداند مگر به قدر طاقت او...). (بقره، ۲۸۶) و «ای رسول کافران را بگو که اگر از کفر خود دست بردارید و به راه ایمان باز آیید هرچه از پیش کرده‌اید بخشیده می‌شود» (انفال، ۳۸) این آیات صراحتاً می‌گویند، تنها پس از اعلام این که عملی جرم است و مجازات دارد، جرم به وجود می‌آید و خداوند مردم را مجازات نمی‌کند مگر پس از آن که پیامبرش مردم را آگاه کرده باشد و انذار دهد، و دیگر این که خداوند بشر را به چیزی مکلف می‌سازد که از عهده‌ی آن برآید.

۸۹. هیچ جرم و مجازاتی بدون حکم شرعی ایجاد نمی‌شود: این قاعده در حقوق اسلامی، بیش از ۱۳ قرن قبل به وجود آمده است، زیرا هم‌چنان که بیان شد، آیات قرآن دراین باره صراحت دارند به این ترتیب، امتیاز اسلام بر دیگر قوانین وضعی که قاعده‌ی موصوف با تأخیر در اواخر قرن هجدهم میلادی شناخته شد، معلوم می‌شود. این قاعده به عنوان یکی از نتایج انقلاب فرانسه در قانون آن کشور راه یافت و برای اولین بار در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر که در ۱۷۸۹ انتشار یافت، وارد شد و بعدها قوانین وضعی دیگر ممالک آن را از قانون فرانسه اتخاذ کردند.

۹۰. چگونگی اجرای این قاعده در حقوق جزای اسلامی: در سطور گذشته توضیح داده شد که قاعده‌ی عمومی در حقوق جزای اسلامی این است که هیچ جرم و مجازاتی بدون قانون ممکن نیست و در تأیید آن، آیات قرآنی را که متضمن آن قاعده و نیز قواعد اساسی را که بر آن استوار گشته است، ذکر شد. در اینجا یادآوری می‌شود با آن که حقوق اسلامی این قاعده را درباره‌ی کلیه‌ی جرایم اعمال می‌کند، عمل‌کرد آن در یکایک جرایم یکسان نیست، بلکه بر حسب این که جرم از جرایم حدود، یا قصاص و دیه و یا جرایم تعزیری به حساب آید، کیفیت این قاعده نیز تفاوت خواهد داشت. در ذیل چگونگی اعمال این قاعده از دیدگاه اسلامی توضیح داده خواهد شد.

گفتار اول: اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرایم حدود

۹۱. تأثیر این قاعده در جرایم حدود: در حقوق اسلامی این قاعده درباره‌ی جرایم حدود دقیقاً رعایت شده است. این نکته از بررسی آیاتی که به بیان جرایم حدود می‌پردازند، به‌روشنی به دست می‌آید. جرایم حدود هفت نوع است: ۱ـ زنا؛ ۲ـ قذف؛ ۳ـ شرب خمر؛ ۴ـ سرقت؛ ۵ـ محاربه؛ ۶ـ ارتداد؛ ۷ـ بغی.

درباره‌ی جرم زنا خداوند می‌فرماید: «و لاتقربوا الزنا» (اسراء، ۳۲) و «... و به زن و مرد زنا کار صد تازیانه بزنید...» (نور، ۲) و پیامبر (ص) می‌فرماید «از من به یاد داشته باشید خداوند راهی را پیش پای آنان نهاده است: چنانچه مرد و زن زانی همسر نداشتند یکصد تازیانه بزنید و مدت یک سال تبعیدشان کنید و اگر هر دو ثیّب بودند صد تازیانه زده و با سنگ رجمشان کنید». این مقررات زنا را ممنوع ساخته و مجازات آن را تبعید و تازیانه و رجم قرار داده است. از نظر اسلام، زنا غیر از سه مجازات فوق، مجازات دیگری ندارد.

در مورد بزه قذف خداوند می‌فرماید «کسانی را که به زنان مؤمن پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند و بر ادعای خود چهار شاهد اقامه نمی‌کنند هشتاد تازیانه بزنید و هرگز شهادت آنان را نپذیرید که مردمی فاسق و نادرستند». (نور، ۴) این آیه قذف را ممنوع ساخته و مجازات اصلی آن را تازیانه و تبعی آن را حرمان از حق ادای شهادت بعدی تعیین کرده است. برای قذف، غیر از دو مجازات فوق، مجازات دیگری در نظر گرفته نشده است.

درباره‌ی شرب خمر می‌فرماید: «همانا خمر و قماربازی و بت‌پرستی و تیرهای گروبندی ـ که رسمی بود در دوره‌ی جاهلیت ـ پلید و از اعمال شیطان است. از آنها بپرهیزید» (مائده، ۹۰) و پیامبر (ص) می‌فرماید «هر مسکری حرام است» و «چیزی که

نوشیدن مقدار زیادی از آن مست کند، آشامیدن مقدار کمی از آن نیز حرام است». این مقررات، قاطعانه نوشیدن خمر و سایر مسکرات را حرام می‌داند.

اما مجازات شرب خمر را پیامبر (ص) با عبارت "اضربوه =او را بزنید" تعیین کرده است ولی از ایشان نقل نشده است که میزان کیفر را دقیقاً تعیین کرده باشند. روایت کرده‌اند که باید تازیانه زد. و در روایت دیگری آمده است که تعداد تازیانه را معین نکردند و در دوران عمر خلیفه‌ی دوم، صحابه اجماع کردند که مانند شارب خمر به قاذف هم هشتاد تازیانه زده شود. زیرا شارب خمر وقتی مست شد، هذیان می‌گوید و در زمان هذیان‌گویی افترا می‌زند. بنابر این، مجازات شرب خمر با قول و عمل پیامبر و اجماع صحابه تعیین گشته است. سنت و اجماع صحابه از منابع قانون‌گذاری در اسلام به حساب می‌آیند؛ یعنی آن دو، در تعیین مجازات شرب مسکر، جایگزین قرآن هستند.

درباره‌ی سرقت خداوند می‌فرماید: «دست زن و مرد دزد را به کیفر عملشان ببرید این عقوبتی است که خدا برای آنان مقرر داشته است» (مائده، ۳۸) این آیه، سرقت را ممنوع ساخته و مجازات آن را نیز تعیین کرده است.

در مورد محاربه، خداوند می‌فرماید: «همانا کیفر آنان که با خدا و رسول به جنگ برخیزند و در روی زمین به فساد کوشند جز این نباشد که آنها را کشته یا به‌دار کشند و یا دست و پایشان را به خلاف ببرند [یعنی دست راست با پای چپ و بالعکس] یا از سرزمین صالحان نفی بلد و تبعید شوند این ذلت و خواری عذاب دنیوی آنهاست و در آخرت به عذابی سخت معذب خواهند بود» (مائده، ۳۳) این آیه، محاربه و فساد روی زمین را حرام دانسته و مجازات آن را نفی بلد، قطع عضو، قتل و دار زدن تعیین کرده است.

درباره‌ی بزه ارتداد می‌فرماید: «اگر کسی غیر از اسلام دین دیگری برگزینند از او پذیرفته نخواهد شد» (آل‌عمران، ۸۵) و «پس هر که از شما از دین خود برگردد و در حال کفر باشد تا بمیرد اعمال چنین اشخاصی در دنیا و آخرت ضایع و باطل گردد» (بقره، ۲۱۷) و پیامبر می‌فرماید: «هرکس دین خود را تغییر دهد او را بکشید» و «ریختن خون مسلمان جایز نیست مگر در سه مورد: زناکار محصن (دارای همسر)؛ قتل عمد؛ و کسی که دین را رها ساخته و از امت اسلام جدا شود» بنابر این مقررات، ارتداد حرام و مجازات آن "قتل" تعیین شده است.

درباره‌ی بزه بغی خداوند می‌فرماید: «و اگر دو طایفه از اهل ایمان به قتال و دشمنی برخیزند، شما مؤمنان در میان آنها صلح برقرار کنید و اگر یک قوم بر دیگری ظلم کرد، با آن طایفه‌ی ظالم قتال کنید تا به فرمان خدا باز آید ـ ترک ستم کند» (حجرات، ۹) و پیامبر (ص) می‌فرماید: «کسی که شما را علیه رهبری واحد، می‌شوراند و می‌خواهد وحدت و

یکپارچگی شما را دو پاره کند، او را بکشید» و می‌فرماید: «کسی را که بخواهد این امت را، در حالی که یکپارچه است، از هم جدا کند، هر کس که می‌خواهد باشد، گردنش را بزنید». آیه و دو روایت فوق شورش و قیام یک گروه، علیه گروه دیگر را ممنوع ساخته و مجازات آن را قتال معرفی کرده است که گروه ظالم از ستم خود دست بردارد.

این‌ها جزء جرایم حدود بود و همان گونه که مشاهده شد در میان آنها جرمی نیست که بر حرمت آن "نص" نیامده و مجازاتش را تعیین نکرده باشد، بلکه در این جرایم، مجازات‌ها به اندازه‌ای دقیق تعیین گشته است که قاضی، هیچ اختیار و آزادی عمل در انتخاب نوع مجازات و تعیین مقدار آن ندارد؛ تا حدی که می‌توان گفت این مجازات‌ها، همگی یک حد بیشتر ندارند؛ هرچند برخی از آنها به‌دلیل ماهیت خود، احتمالاً دارای دو حد باشند. اسلام به قاضی این اجازه را نمی‌دهد که مجازات را کم یا آن را با مجازات دیگری عوض کند و یا اجرای آن را متوقف سازد. کیفیت جرم و اوضاع و احوال مجرم، هیچ تأثیری در مجازات جرایم حدود ندارد، هم‌چنان که حکومت نیز حق ندارد این مجازات‌ها را مورد عفو قرار دهد. و از این رو، مجازات‌های موصوف را، مجازات‌های تعیین‌شده‌ی حق‌الله می‌نامند که نوع و مقدار آنها معلوم است و لازم‌الاجرا است و مماشات و ملاطفت نمی‌پذیرند.

گفتار دوم: اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرایم قصاص و دیه

۹۲. تأثیر این قاعده در جرایم قصاص و دیه: در اسلام قاعده‌ی "هیچ جرم و مجازاتی بدون حکم شرعی به‌وجود نمی‌آید" در جرایم قصاص و دیه کاملاً رعایت شده است. بهترین دلیل این ادعا، بررسی احکامی است که در این باره وارد شده است.

جرایمی که مجازات آنها قصاص است عبارت‌اند از: قتل عمد؛ قطع عمدی اعضای بدن؛ ایراد جرح عمدی؛ و جرایمی که مجازاتشان دیه است، همان جرایم قصاص هستند که مجنی‌علیه یا ولی دم از قصاص می‌گذرند و یا به دلایل شرعی، قصاص ممکن نمی‌شود. قتل شبه عمد و خطایی و قطع عضو و ایراد جرح خطایی، از دیگر جرایم دیه به حساب می‌آید.

در جرم قتل عمد خداوند می‌فرماید: «و هرگز نفس محترمی را که خدا قتلش را حرام کرده، مکشید مگر آن که به حکم حق مستحق قتل شود...» (اسراء، ۳۳) و «ای اهل ایمان حکم قصاص کشتگان چنین معین گشت: که مرد آزاد را در برابر آزاد و بنده را در مقابل بنده و زن را به جرم زن، قصاص توانید کرد و چون صاحب خون از قاتل که برادر دینی اوست، با گرفتن دیه و یا بدون دیه، بگذرد کاری است پس قاتل، دیه را در کمال رضا و خشنودی ادا

کند» (بقره، ۱۷۸) و «در تورات بر بنی‌اسرائیل حکم کردیم که نفس را در مقابل نفس قصاص کنند» (مائده، ۴۵) و پیامبر (ص) می‌فرماید: «هرکس مؤمنی را بدون جهت بکشد، قصاص می‌شود، مگر آن که ولی مقتول از قصاص بگذرد» و «اگر کسی بی‌گناه کشته شود، اولیای دم یکی از دو راه نیک را پیش روی دارند: اگر مایل باشند قصاص می‌کنند و اگر بخواهند دیه می‌گیرند» و باز می‌فرماید «خون‌بهای مقتول یکصد شتر است».

در این احکام، قتل عمد حرام و مجازات آن قصاص تعیین شده است مگر آن که ولی دم با گرفتن دیه از قصاص بگذرند که بنابر آن، مجازات آن دیه خواهد بود که یکصد شتر است.

درباره‌ی بزه قطع عمدی عضو و ایراد جرح عمدی خداوند می‌فرماید: «خردمندان، حکم قصاص برای حفظ حیات شماست تا مگر از قتل یکدیگر بپرهیزید» (بقره، ۱۷۹) و «در تورات بر بنی‌اسرائیل حکم کردیم که نفس را در مقابل نفس قصاص کنند و چشم را در مقابل چشم و بینی را به بینی و گوش را به گوش و دندان را به دندان و هر زخمی را قصاص خواهد بود پس هرگاه کسی به جای قصاص به صدقه راضی شود نیکی کرده و کفّاره‌ی گناه او خواهد شد و هرکس برخلاف آنچه که خدا فرستاده حکم کند چنین کس از ستمکاران خواهد بود» (مائده، ۴۵). و در آیه‌ی دیگری می‌فرماید: «هرکس به شما دست‌درازی کند به اندازه‌ی ستمی که بر شما روا داشته به او دست درازی کنید» (بقره، ۱۹۴) و «و اگر کسی به شما عقوبت و ستمی رسانید باید به قدر آن از طرف مقابل انتقام بکشید» (نحل، ۱۲۶) این احکام در قطع عضو و ایراد جرح و تعیین قصاص به عنوان مجازات آن، صراحت دارند.

در قتل شبه عمد پیامبر (ص) می‌فرماید «آگاه باشید که دیه قتل شبه عمد یعنی قتلی که در اثر تازیانه و چوب‌دستی و سنگ به وجود آید یکصد شتر است» این حکم، قتل شبه عمد را حرام ساخته و مجازات آن را دیه تعیین کرده است.

در مورد جرم قتل خطایی خداوند می‌فرماید: «هیچ مؤمنی را نرسد که مؤمنی به قتل رساند مگر به خطا مرتکب آن شود. در صورتی که به خطا هم مؤمنی را کشت باید به کفّاره‌ی این خطا بنده‌ی مؤمنی را آزاد کند و خون‌بهای مقتول را به صاحب خون بپردازد مگر آن که ورثه، دیه را به قاتل ببخشد و این مقتول اگر با آن که مؤمن است از قومی باشد که با شما دشمن و محاربند در این صورت قاتل (دیه ندهد) لیکن بر اوست که بنده‌ی مؤمنی را آزاد کند و اگر مقتول از قومی است که میان شما و آن قوم عهد و پیمان برقرار بوده، پس خون‌بها را به صاحب خون بپردازد و بنده‌ی مؤمنی را نیز به کفّاره آزاد کند و اگر بنده‌ای نیابد، بایستی دو ماه متوالی روزه بدارد. این توبه از طرف خدا پذیرفته است و خدا آگاه و بصیر و به همه‌ی امور، دانا و حکیم است» (نساء، ۹۲) و پیامبر می‌فرماید: «دیه قتل خطایی

بیست شتر حقه (سه سال را تمام کرده و پا به چهارسالگی گذاشته است) و بیست شتر جذعَه (چهارسال را تمام کرده و به پنج سالگی پا گذاشته است) و بیست بنت لبون (دوسال را تمام کرده به سه سالگی پاگذاشته است) و بیست بنو مخاض است». بنابر این دو نص، قتل خطایی حرام و مجازات آن دیه تعیین شده و مقدار و اوصاف آن نیز بیان شده است.

در قطع و جرح عضو، پیامبر (ص) مجازات را بر این اساس تعیین کرده است که اگر عضو از اعضای فرد بدن به حساب آید، دیه‌اش نصف دیه کامل است. پیامبر (ص) می‌فرماید: "اگر بریدن بینی همه‌ی نرمی آن را در برگیرد دیه کامل دارد». و باز می‌فرماید «بریدن زبان و آلت دیه کامل دارند». و «شکستن تیره‌ی پشت نیز دیه کامل دارد» و «قطع دست‌ها و پاها دیه کامل دارد» و «بریدن پستان‌ها دیه کامل دارد» و «یک چشم، پنجاه شتر دیه دارد». و «دیه یک دندان پنج شتر است». پیامبر برای از بین بردن اعضایی مانند شنوایی و بینایی و عقل هم دیه تعیین کرده است.

اما پیامبر (ص) برای بعضی از جراحت‌ها نیز دیه تعیین کرده است. دیه جراحت "موضحه" پنج شتر است و "هاشمه" ده شتر و زخم آمة "مأمومة" و دامغه[1] ثلث دیه کامل تعیین شده است و دیه هر جراحتی که به درون بدن وارد شود، ثلث دیه کامل است.

قاعده‌ی عمومی بر این است که، هر اتلاف و ایراد جرحی که ارش یا دیه آن از طرف پیامبر تعیین نشده باشد "حکومت" دارد. حکومت مجازاتی است که قاضی بر اساس نظر کارشناسان تعیین می‌کند و باید به اندازه‌ای باشد که به سطح دیه و ارشی که از طرف پیامبر (ص) تعیین گردیده، نرسد این قاعده میان امت اسلام اجماعی است.

دیه قطع و جرح عمدی عضو، با دیه قطع و جرح خطایی آن یکسان است و فقط در اوصاف با یکدیگر تفاوت دارند. براساس احادیث منقول از پیامبر و سنت ایشان، دیه عمد، مغلظ و دیه خطا، خفیف است.

پس به موجب صریح احکام، در غالب موارد، مجازات قطع اعضا تعیین شده است و در بقیه‌ی موارد که حکم خاصی ندارد با اجماع، مجازات آنها تعیین شده است. هم‌چنان که می‌دانیم، اجماع، یکی از منابع شریعت اسلام است و به اندازه‌ی نص صریح، مکلف را به انجام‌دادن عمل ملزم می‌سازد.

---

۱. موضحه و هاشمه و مأمومه یا امة و دامغه نام جراحت‌هایی است که به سر و صورت وارد می‌شود و به آنها "شجاج" گفته می‌شود. موضحه: زخمی است که استخوان را آشکار می‌سازد. هاشمه: استخوان را جابه‌جا می‌کند و مأمومه زخمی است که به پرده‌ی نازک روی مغز می‌رسد و دامغه زخمی است که به خود مغز می‌رسد فقها لفظ شجاج را به جراحت‌های سروصورت اطلاق می‌کنند و زخم‌های دیگر را "جراح" می‌نامند و زخم‌هایی را که به درون شکم و سینه وارد می‌شوند، جائفه گویند.

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که جرایم قصاص و کیفر آنها منصوص است و شریعت، این مجازات‌ها را دقیقاً و به کیفیتی تعیین کرده که قاضی در انتخاب مجازات و تعیین آن، آزادی عمل ندارد و همه‌ی همت او باید این باشد که وقتی اتهام متهم ثابت شد، صرف نظر از کیفیت جرم و اوضاع و احوال مجرم، برای مجازات تعیین شده حکم صادر کند.

ملاحظه می‌شود که حدود اختیارات قاضی در جرایم قصاص و دیه همانند اختیارات وی در جرایم حدود است. تفاوت آن دو، در این است که اگر مجنی‌علیه یا ولی او از قصاص و دیه بگذرد، قاضی ملزم است که از حکم صرف نظر کند و باید مجازاتی را که شریعت یا حکومت، در صورت عفو از قصاص و دیه، مقرر داشته است، مورد حکم قرار دهد.

مجازات قصاص و دیه از مجازات‌های تعیین شده است، زیرا نوع و مقدار آن معین است لیکن حق‌الناس محسوب می‌شود و لذا مجنی‌علیه یا ولی او حق دارند از مجازات بگذرند زیرا مجازات حق آنهاست و صاحب حق می‌تواند آن را استیفا کند یا از آن بگذرد ولی، حکومت نمی‌تواند مجازات قصاص و دیه را ساقط کرده یا یکی از آنها را مشمول عفو قرار دهد هم‌چنان که نمی‌تواند مجازات حدود را ساقط یا عفو کند. چون حکومت نه مالک اسقاط حقوق‌الله است و نه مالک اسقاط حقوق‌الناس؛[1] هرچند استیفای آنها وظیفه‌ی اوست.

---

۱. فقها حقوق ناشی از جرایم را بر دو نوع تقسیم می‌کنند: حقوق‌الله و حقوق‌الناس. حق را زمانی حق‌الله می‌شناسند که فقط واجد حق او باشد و یا جنبه‌ی حق‌اللهی آن غالب باشد و حق‌الناس زمانی است که وابسته به افراد و یا جنبه‌ی حق‌الناسی آن غالب باشد. حق‌الله از جرایمی ناشی می‌گردد که بامصالح جامعه و نظام آن برخورد نماید. و حق‌الناس از جرایمی به وجود می‌آید که با زندگی خصوصی افراد و حقوق آنان تصادم دارد. وقتی فقها می‌گویند فلان حق، حق‌الله است می‌خواهند بگویند که این حق از طرف اشخاص و حکومت ساقط‌شدنی نیست، برعکس حق‌الناس از طرف صاحبان حق اسقاط‌پذیر است. فی‌الواقع هر جرمی که با مصلحت جامعه برخورد می‌کند بالمآل منافع خصوصی افراد را در معرض خطر قرار می‌دهد و عکس آن نیز صادق است. در این باره یکی از فقها می‌گوید: «هیچ حق بشری نیست که خداوند در آن حق نداشته باشد. زیرا خداوند برگردن هر مکلفی این حق را دارد که دست از آزار دیگران بردارد» به *شرح الزرقانی علی مختصر خلیل*، ج ۸، ص ۱۱۵ مراجعه شود. از آن رو شریعت، بعضی جرایم را مخالف مصلحت جامعه دانسته است که ضرر آن به منافع جامعه، بیش از زیانی است که به منافع شخصی افراد وارد می‌سازد و جرمی را حق‌الناس معرفی کرده است که ضرر آن به منافع شخصی افراد بیش از زیانی است که به منافع جامعه وارد می‌شود.

اصل در شریعت اسلام این است که وجوب کیفر و استیفای آن، حق‌الله است ولی استیفای برخی از مجازات‌ها را اسلام به عهده‌ی افراد گذاشته است، مثل مجازات قصاص و دیه، صاحبان حق می‌توانند آنها را اجرا کنند یا از آن بگذرند. واگر گذشت کردند، جامعه می‌تواند مجرم را با مجازاتی که با نوع جرم و اوضاع و احوال مجرم مناسب بداند، جزا دهد. با این وصف، واگذاری استیفای برخی از مجازات‌ها به افراد مانع از آن

←

گفتار سوم: اصل قانونی بودن جرم و مجازات در تعزیرات

۹۳. تأثیر این قاعده در جرایم تعزیر: در حقوق اسلامی این قاعده در جرایم تعزیر رعایت شده و رعایت آن نیز منطقی است. زیرا قاعده‌ی مزبور، از قواعد اساسی اسلام است و ممکن نیست کنارگذاشته شود ولی رعایت آن در جرایم تعزیر به شکلی که در جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه رعایت شده است، نیست و حدود و چارچوب تنگی که اعمال قاعده‌ی مزبور در آن جرایم دارد در تعزیرات دیده نمی‌شود، و تا حدودی، این قاعده در جرایم تعزیر رعایت شده است زیرا مصلحت عمومی و ماهیت تعزیر، این گشاده‌دستی را که در غالب اوضاع و احوال، مجازات را اقتضا می‌کند، ایجاب کرده هم‌چنان که در موارد اندکی جرم انگاری را. چون در این جرایم چنین نیست که برای هر جرمی مجازات معینی درنظر گرفته شده باشد و قاضی مانند جرایم حدود و قصاص و دیه مقید باشد تا از میان مجازات‌های تعیین شده یکی را انتخاب کند، بلکه می‌تواند برای هر جرم و هر مجرمی مجازات مناسبی را از مجموعه‌ی مجازاتی که برای جرایم تعزیر در نظر گرفته شده انتخاب کند، هم‌چنان که می‌تواند در مجازات تخفیف قایل شده یا آن را تشدید کند.

در جرایم تعزیر به ندرت، با مواردی برخورد می‌کنیم که قاعده‌ی مزبور لازم‌الرعایه نیست زیرا در برخی از اعمال که اوصاف معینی دارند ممکن است حکم خاصی که آن را به عنوان جرم توصیف کند، وجود نداشته باشد، بلکه یک حکم به صورت کلی آن را نیز جرم بداند."

۹۴. تعزیر چیست؟ برای این که تأثیر این قاعده در جرایم تعزیر کاملاً شناخته شود قبل از هر چیز لازم است بدانیم تعزیر چیست؟ تعزیر عبارت است از تأدیب مرتکبان جرایمی که مجازات آنها از سوی شریعت تعیین نشده است[1] به عبارت دیگر، تعزیر، مجازات جرایمی است که شریعت برای هیچ یک از آنها مجازات معینی وضع نکرده است. تعزیرات از یک جهت با جرایم حدود[2] وجه اشتراک دارند بدین صورت که تعزیر عبارت است از تأدیبی که

← نخواهد بود که جامعه مجازات متناسب دیگری را برای آنها در نظر بگیرد و چنانچه مصلحت ایجاب کند حتی در صورت گذشت مجنی‌علیه یا ولی او، مجازات موردنظر را اجرا کند. به طور خلاصه: حقی، حق‌الله فرض می‌شود که فقط متضمن مصلحت جامعه باشد و یا منافع جامعه، وجه غالب آن باشد. والا انتساب مزبور نفعی را عاید خداوند نمی‌سازد، بلکه مانع می‌شود که جامعه و افراد، حق مزبور را ساقط کنند زیرا حق از آن خداوند است و کسی مالک اسقاط آن نیست.

۱. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۰۵؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۶۳؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۱.

۲. مقصود از "حدود" در اینجا مجازات‌های تعیین شده است که جرایم حدود و قصاص و دیه را در بر می‌گیرد.

هدف آن اصلاح مجرم و بازداشتن او از تکرار آن است ـ تأدیبی که بر حسب نوع گناه متفاوت خواهد بود. خصوصیتی که در مجازات‌های معین (حدود) نیز موجود است لکن تعزیر از دو جهت با جرایم حدود تفاوت دارد:[1]

اول: هر "جرم حدی" کیفر یا کیفرهای معینی دارد که جز اعمال و اجرای آن درباره‌ی متهم چاره‌ی دیگری در میان نیست. اما در مورد تعزیر، مجموعه‌ای از مجازات‌ها وجود دارد که از تذکر شروع و به تازیانه زدن و حبس منتهی می‌گردد و در جرایم بزرگ و خطرناک ممکن است به اعدام نیز منتهی شود. و قاضی می‌تواند از میان مجازات‌های موصوف، کیفری را که با جرم و شخصیت و سوابق مجرم متناسب باشد، انتخاب کند و می‌تواند متهم را به تحمل بیش از یک مجازات محکوم سازد و یا مجازات را تخفیف دهد یا آن را تشدید کند و اگر احساس کند که متهم، متنبه و تأدیب شده است، اجرای مجازات را متوقف نماید.

دوم: مجازات حد را حکومت نمی‌تواند مورد عفو قرار دهد ولی همه‌ی مجازات‌های تعزیری یا برخی از آنها را می‌تواند مورد عفو قرار دهد.

۹۵. جرایم تعزیر تماماً احصا نشده‌اند: شریعت تمامی جرایم تعزیری را بر مبنای نص و تصریحاً بیان نکرده و به شکلی محدود نساخته است که زیادی و نقصان‌ناپذیر ـ آن گونه که در جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه عمل کرده است ـ باشد. آن بخش از جرایم تعزیری را که به صورت دایمی، به زیان منافع افراد و جامعه و نظم عمومی است، منصوصاً ذکر کرده و به اولیای امور نیز اختیار داده است تا هر آنچه را به زیان جامعه و یا امنیت و نظم آن می‌دانند ممنوع سازند و برای تنظیم امور جامعه و هدایت آن، قواعدی وضع کنند و کسانی را که آنها را زیر پا می‌گذارند به مجازات لازم برسانند. بخشی از جرایم تعزیری که به اختیار حکومت‌ها گذاشته شده، بیش از بخشی است که شریعت آنها را تعیین کرده است. ولی فرمان‌روایان جامعه، از دیدگاه اسلام آزادی مطلق ندارند تا هر آنچه را بخواهند ممنوع یا حلال سازند، بلکه قانون‌گذاری آنان، باید با احکام شرع و اصول کلی و روح قانون‌گذاری آن، سازگار باشد.

۹۶. اقسام تعزیر: تعزیر بر سه قسم است: ۱ـ تعزیر در مقابل گناهان؛ ۲ـ تعزیر برای مصلحت جامعه؛ ۳ـ تعزیر در مقابل مخالفت‌ها.

قسم اوّل درباره‌ی افعالی است که ذاتاً حرام و انجام‌دادن آنها گناه تلقی می‌شود. قسم دوم

---

۱. *الاحکام السلطانیه*، ص ۲۰۶ و ۲۰۷.

در خصوص اعمال و حالت‌هایی است که ذاتاً حرام و ممنوع نیستند و به سبب اوصافشان حرام گشته‌اند. بدیهی است که افعال مزبور از گناهان به شمار نمی‌آید. قسم سوم درباره‌ی اعمالی است که شرعاً حرام ولی انجام‌دادن آنها گناه نیست، بلکه مخالفت تلقی می‌گردد.

تفاوت این سه قسم، در این است که عمل در قسم اوّل حرام ابدی است و انجام‌دادن آن گناه به حساب می‌آید. در قسم دوم، عمل حرام نیست مگر وصف معینی به آن عارض شود زیرا خودِ فعل ذاتاً گناه نیست. در قسم سوم، عمل، یا "مأموربه" است یا از آن نهی شده است که انجام‌دادن آن مخالفت شمرده می‌شود نه گناه.

بند اول: تعزیر در گناهان

۹۷. تعزیر در گناهان: بنابر نظر اتفاقی فقها، هر گناهی که حد معین و کفّاره ندارد، خواه معصیت خداوند تلقی شود یا مخالف حق شخصی باشد، مستوجب تعزیر است.[۱] وقتی گفته می‌شود معصیت خداوند به حساب آید به این معناست که عمل مزبور با حقوق جامعه یا امنیت و نظم آن در تصادم است و مقصود از برخلاف حق شخصی بودن این است که با حقوق افراد در تضاد باشد.

گناهان عبارت‌اند از انجام‌دادن محرمات و ترک واجبات.[۲] فعل حرام با این خصیصه شناخته می‌شود که از مکلف، خودداری از انجام‌دادن عملی را به صورت حتمی می‌خواهد؛ یعنی صیغه و لفظی که برای این درخواست به کار رفته است به شکلی است که لزوم و وجوب ترک آن را می‌رساند، مانند این آیه که می‌فرماید «بر شما خوردن مردار و خون و گوشت خوک حرام گشته است» و یا نهی از فعل، به گونه‌ای بیان شده که قطعی بودن آن روشن و واضح است، مانند «ولا تقربواالزنا انه کان فاحشة» و یا «و نفس محترمی را که خداوند کشتنش را حرام ساخته مکشید مگر آن که به حق مستحق قتل باشد» و دستور به انجام‌دادن امری، هم‌راه قرینه‌ای است که حتمیت عمل را می‌رساند، مانند این آیه که می‌فرماید «همانا خمر و قماربازی و بت‌پرستی و تیرهای گروبندی از اعمال پلید و شیطانی هستند پس از آنها بپرهیزید» و یا این که طلب امتناع از امری، با بیان مجازات هم‌راه است، مانند این آیه که می‌فرماید «و کسانی را که به زنان مؤمنه‌ی پاک‌دامن، نسبت زنا می‌دهند و چهار شاهد بر مدعای خود نمی‌آورند هشتاد تازیانه بزنید».

---

۱. *المهذب*، ج ۲، ص ۳۰۶؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۱۹ و ۳۲۰؛ *المغنی و الشرح‌الکبیر*، ج ۱۰، ص ۳۴۷؛ *حاشیة‌ابن‌عابدین*، ج ۳، ص ۲۵۱؛ *الزیلعی*، ج ۳، ص ۲۰۷.

۲. معنای فنی معصیت دقیقاً با استعمال جرم در لسان قانون یکسان است.

فعل واجب با این خصیصه شناخته می‌شود که انجام‌دادن عملی را به صورت الزامی و حتمی از مکلف می‌خواهد و این موضوع، از سیاق عبارت فهمیده می‌شود، مانند این آیه که می‌فرماید: «باید از شما گروهی باشند که به معروف امر و از منکر باز دارند» و «خداوند به شما فرمان می‌دهد تا امانت‌ها را به صاحبانشان برگردانید و در میان مردم به عدالت داوری کنید».

فعل حرام از مکروه جداست. در فعل مکروه، درخواست ترک فعل به صورت حتمی و الزامی نیست. هرگاه طلب، حتمی و الزامی باشد آن فعل حرام تلقی می‌شود. فعل واجب از مستحب این گونه قابل تشخیص است که درخواست انجام‌دادن فعل به صورت حتمی نیست. هرگاه چنین باشد، عمل، واجب شمرده می‌شود.

گاهی فعل واجب با مستحب و حرام با مکروه اشتباه می‌شود در این حالت برای بیان نوع طلب باید به قراین اعتماد شود. اگر قرینه‌ها نشان دهد که امتناع از انجام‌دادن فعل، حتمی است، آن عمل حرام است و اگر نشان دهد انجام‌دادن فعل حتمی است آن عمل واجب است و اگر دلالت قرینه‌ها در هر دو حالت مبین فقدان حتمیت باشد، عمل مورد نظر به ترتیب مکروه و مستحب خواهد بود. بااهمیت‌ترین این قرینه‌ها، در حالت اشتباه، قرینه‌ی مجازات است. اگر برای مخالفت بادستور، مجازات پیش‌بینی شده باشد، فعل منظور حرام و یا واجب است اگر مجازات در نظر گرفته نشده باشد، مکروه و یا مستحب است. البته این امر مادام که از قرینه‌ی دیگری تحتم به دست نیاید، جاری است و لذا پاره‌ای از علمای اصول، حرام را تعریف کرده‌اند به این که فاعل آن مستحق مجازات است و در تعریف واجب می‌گویند کسی که آن را انجام ندهد، شایسته‌ی عقوبت است. در تعریف مکروه می‌گویند فاعل آن مستحق مجازات نیست؛ هرچند شایسته‌ی سرزنش باشد و درباره‌ی مستحب می‌گویند، عملی است که اگر کسی آن را انجام ندهد، کیفر نمی‌بیند؛ هرچند شایسته‌ی سرزنش باشد. این تعریف‌ها، هم‌چنان که برخی دیگر از علمای اصول نیز گفته‌اند، تعاریف دقیقی نیست.[۱]

۹۸. انواع گناهان: فقها گناهان را بر سه دسته تقسیم می‌کنند:

نوع اول: گناهی که حد[۲] بر آن جاری است، گاهی علاوه بر حد، کفّاره هم ممکن است داشته باشد، مانند قتل و زنا و دیگر جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه. تحت این عنوان، فقط جرایم هفتگانه‌ی حدود و جرایم پنجگانه‌ی قصاص و دیه قرار می‌گیرند. زیرا فقط این جرایم است که مجازات آنها "حد" است؛ یعنی واجد مجازات‌های معین شده هستند.

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول الاحکام*، جلد ۱، ص ۱۶۰ تا ۱۷۴؛ عبدالوهاب خلاف، *علم اصول الفقه*، ص ۷۹ تا ۸۹.

۲. مقصود از حد "مجازات" است.

قاعده بر این است که در این قبیل گناهان، مجازات حد، ما را از مجازات تعزیر بی‌نیاز می‌کند ولی بنابر اقتضای مصلحت عمومی، مانعی نیست که مجازات تعزیر با مجازات حد یکجا جمع شود. این نکته مورد پذیرش مذاهب اربعه است.

به عقیده‌ی مالک در جنایت عمدی مادون نفس،[۱] قصاص متهم هم‌راه با تعزیر وی جایز است. زیرا به نظر مالک، قصاص متهم در مقابل جرم ارتکابی است که حق مجنی‌علیه است و تعزیر برای تأدیب اوست که حق جامعه است. البته او در قتل عمد، جمع میان قصاص و تعزیر را بی‌فایده می‌داند زیرا با وجود قصاص، تعزیر معنا ندارد ولی هرگاه به سبب وجود یکی از موانع، قصاص ساقط گردد، حکم به تعزیر جانی می‌دهد.[۲]

مذهب شافعی اجتماع حد با تعزیر را اجازه می‌دهد، مانند حالتی که قتل عمد به سبب شخصیت مقتول قصاص‌شدنی نیست. در این حالت قاتل، دیه می‌پردازد و تعزیر خواهد شد و مانند زدن بیش از چهل ضربه تازیانه در شرب خمر، زیرا از نظر شافعیه، حد شرب مسکر چهل ضربه تازیانه است و افزون بر آن از باب تعزیر زده می‌شود و مانند آویختن دست قطع شده‌ی سارق بر گردن وی، که قطع دست، حد است و آویختن دست از گردن، تعزیر به حساب می‌آید.[۳]

مذهب احمد، آویختن دست قطع شده‌ی سارق را بر گردنش اجازه می‌دهد،[۴] این سخن بدان معناست که آنان هم اجتماع حد و تعزیر را مجاز می‌دانند. مذهب ابوحنیفه تبعید مقرر برای زانی غیرمحصن را تعزیر می‌داند، نه حد، و اجازه می‌دهد که تبعید با حد جمع شود.[۵]

نوع دوم: گناهی که کفّاره دارد و حد ندارد، مانند مقاربت با زوجه در روز ماه رمضان و یا در حالت احرام.

کفّاره در اصل نوعی عبادت به شمار می‌رود چون عبارت است از آزاد ساختن برده، یا روزه داشتن و اطعام مسکین. و اگر در عملی که گناه نیست، واجب فرض شود، عبادت محض به حساب می‌آید، مانند اطعام بدل از روزه از طرف کسی که قادر به روزه گرفتن نیست و اگر در "گناه" واجب فرض شود، مجازات محض محسوب می‌گردد، مانند کفّاره در قتل خطایی و ظهار، کفّاره در این مورد به مال شباهت پیدا می‌کند. کفّاره در حالت محکومیت به جزای نقدی، مجازات جنایی شمرده می‌شود، و گاهی، هم مجازات و هم

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۷؛ *شرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۲۴.
۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۶۸.
۳. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۲؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۱۸.
۴. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۶۶.
۵. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۹؛ *شرح فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۳۶.

عوض به حساب می‌آید و اگر بدل از ضرر مورد حکم، واقع شود، عوض محسوب می‌گردد. گناهانی از این دست، تعدادشان محدود است و عبارت است از تباه کردن روزه و حالت احرام در اثر مقاربت با همسر؛ شکستن سوگند یا وطی زن در حال حیض و نفاس.[۱]

فقها درباره‌ی قابل تعزیر بودن این قبیل گناهان اختلاف رأی دارند، به عقیده‌ی برخی، در این موارد تعزیر لزومی ندارد زیرا مجازات تعیین‌شده‌ی آن، یعنی ادای کفّاره، در مقابل گناه، کفایت می‌کند. به نظر برخی دیگر ـ که رأیشان، رأی برتر به حساب می‌آید ـ جایز نیست کفّاره و تعزیر در یک مورد توأماً مورد حکم قرار بگیرند.[۲]

نوع سوم: گناهانی است که حد و کفّاره ندارد، مانند بوسیدن زن نامحرم و خلوت کردن با او، شروع به سرقت، خوردن گوشت مردار و گناهانی که از دو نوع اوّل نیست. به این ترتیب، بخش اعظم جرایم، از این نوع است و چون نامحدود هستند، شماردنی نیستند. فقها اتفاق نظر دارند که مجازات این نوع از گناهان فقط تعزیر است. البته هرچند این گناهان متنوع هستند از سه نوع بیشتر نیستند.[۳]

الف ـ نوعی که در ماهیت، از جرایم حدی به حساب می‌آید ولی خود آن، حد ندارد، مانند سرقت از غیر حرز و سرقت کمتر از حد نصاب و سرقت غیر کامل. سرقتی که مستوجب حد است، شرایطی دارد مانند آن که با هتک حرز به وجود آید، مال مسروقه به حد نصاب بالغ گردد و سرقت کامل و تام باشد.

اگر شرایط مذکور نبود، سرقت مستوجب حد، به وجود نمی‌آید و مانند آن است شروع به زنا و تهیه‌ی مقدمات زنا از قبیل خلوت کردن، بوسیدن و بغل کردن. به این ترتیب، هر جرمی که مجازاتش حد است و عمل ارتکابی واجد شروط لازم نیست، مجازاتش تعزیر است.

ب ـ گناهی که مجازاتش حد ولی به جهتی اجرای آن ممنوع گردیده است، این ممنوعیت یا به سبب شبهه ایجاد شده که حد را ساقط کرده است، مانند وطی زن از دبر و سرقت مال مشاع یا به جهت سبب است که در متهم وجود دارد، مانند آن که پدر فرزندش را بکشد که قصاص نمی‌شود و مانند سرقت فرع از اصل (پسر از پدر) که حد قطع اجرا نمی‌گردد و در این‌صورت مجازات تعزیر، جایگزین آن می‌گردد.

---

۱. این عبارت به این سیاق آورده شد تا جمع میان آراء مختلف لحاظ شده باشد؛ زیرا مثلاً برخی کفّاره را در وطی به حالت حیض لازم می‌دانند و برخی لازم نمی‌دانند و برخی وطی کردن را فقط در حالت روزه مستلزم کفّاره می‌دانند و برخی آن را برای کسی هم که روزه نیست، چنانچه وطی کند، لازم می‌دانند.

۲. *اعلام‌الموقعین*، ج ۲، ص ۲۲۱؛ *المقدمات* ابن رشد، ج ۲، ص ۱۵۱؛ *تبصرة*، ج ۲، ص ۲۵۹؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۲؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۱۸.

۳. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۶۴.

ج ـ گناهی که در خود یا جنس آن، مجازات حد مقرر نگردیده است. غالب گناهان از این نوع است، مانند خوردن گوشت مردار، خون و گوشت خوک و خیانت در امانت از طرف کسی که به عنوان امین انتخاب شده است، مانند امین و متصدی بیت‌المال؛ ناظر موقوفه و وصی و وکیل؛ و کم‌فروشی و شهادت دروغ و رباخواری و فحاشی و رشوه و از این قبیل.

۹۹. چگونه و از چه راهی گناهان شناخته می‌شوند؟ دین اسلام همه‌ی گناهان را، اعم از آنهایی که حد و کفّاره دارند و آنهایی که حد و کفّاره ندارند، به روشنی و وضوح بیان کرده و شناسانده است و اگر کسی مایل باشد که آنها را بشناسد و از نزدیک لمس کند با مراجعه به آیات قرآن و سنت پیامبر به این کار قادر خواهد بود. راه شناخت گناهان، دقیقاً از همان راهی میسر است که قوانین وضعی جرایم شناخته می‌شوند که عبارت است از مطالعه و خواندن. اگر کسی بخواند و مطالعه کند در شریعت، معاصی و در قوانین، جرایم را می‌شناسد. و اگر نخواند و مطالعه نکند به شریعت جاهل می‌ماند، هم‌چنان که قوانین وضعی و سایر علوم را نخواهد شناخت. این عیب اسلام نیست که جرایم را در یک کتاب جمع‌آوری نکرده است. زیرا این عمل، اهمیت ویژه‌ای ندارد. مهم آن است که جرایم و مجازات آنها بیان شوند که شده‌اند. البته اسلام، حکومت را از جمع‌آوری و طبع و نشر جزء به جزء جرایم در یک کتاب مدون منع نمی‌کند. چه بهتر که چنین اقدامی صورت گیرد و کلیه‌ی جرایم بر حسب نوع و محل و ویژگی‌های دیگر آن و نیز مجازات مترتب بر آنها به منظور سهولت مطالعه و شناخت و آگاهی عموم، چاپ و منتشر شود.

اگر کسی به متون شرعی مراجعه کند و آنها را بخواند، بدون شک برای هر گناه، نص معینی خواهد یافت و چنانچه مجازات جرم، حد یا کفّاره باشد به یقین متنی را که در آن مجازات مزبور بیان شده است خواهد دید. و اگر مجازات جرم تعزیری باشد، نصی که آن را حرام دانسته خواهد یافت و متونی را که در آنها مجازات‌های تعزیری بیان شده در دست خواهد داشت.

ضمن متعرض شدن بر جرایم حدود و قصاص و دیه، ملاحظه شد که هر یک از آنها بر نصّی استوار است که حدود جرم و مجازات آنها را نیز تعیین می‌کرد. این جرایم از نوع اوّل گناهان به حساب می‌آمدند؛ یعنی گناهانی که مجازات اصلی آنها حد و احیاناً توأم با کفّاره است. اکنون نوع دوم گناهان که کفّاره دارند و نیز اختلاف نظر فقها را در این زمینه که مجازات تعزیر نیز شامل این گناهان می‌شود مورد بررسی قرار می‌دهیم. پس از بیان مستندات آنها، به نوع سوم معاصی که حد و کفّاره ندارند، خواهیم پرداخت.

۱۰۰. گناهانی که فقط کفّاره دارند: گفته شد که این گناهان عبارت‌اند از: تباه کردن روزه؛ احرام؛ شکستن سوگند؛ مقاربت در حال حیض و ظهار. اینک این معاصی یک به یک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

تباه کردن روزه: خداوند می‌فرماید: «ای اهل ایمان بر شما نیز فرض گردید روزه داشتن چنانچه امم گذشته را نیز فرض شد» (بقره، ۱۸۳) و «برای شما در شب‌های ماه رمضان معاشرت با زنان خود حلال شد که آنها جامه‌ی ستر و عفاف شما و شما نیز لباس عفت آنها هستید و خدا چون دانست که شما در کار معاشرت زنان به نافرمانی، نفس خود را در ورطه‌ی گناه می‌افکنید، لذا از حکم حرمت ـ مواقعه در شب‌های ماه رمضان ـ درگذشت و گناه شما را بخشید. از اکنون در شب ماه رمضان رواست که با زن‌ها به حلال مباشرت کنید و از خدا آنچه مقدور فرموده بخواهید و بخورید و بیاشامید تا خط سپیدی روز، از سیاهی شب در سپیده دم پدیدار گردد پس روزه را به پایان رسانید تا اوّل شب و با زنان، هنگام اعتکاف در مساجد، مباشرت نکنید. این احکام، حدود دین خداست زنهار در آن، راه مخالفت مپویید خدا آیات خود را این گونه برای مردم بیان می‌دارد باشد که پرهیزکار شوند» (بقره، ۱۸۷). ابوهریره می‌گوید مردی نزد رسول خدا آمد و گفت: «یا رسول الله نابود شدم». فرمود: «چه چیزی تو را نابود ساخت؟» گفت: «در ماه رمضان با زنم مواقعه کردم». فرمود: «آیا پول داری که بنده‌ای را آزاد کنی؟» گفت: «خیر». فرمود: «می‌توانی دو ماه متوالی روزه بگیری؟» گفت: «نه»، فرمود: «آیا پول داری که به شصت فقیر غذا بدهی؟» گفت: «نه». سپس نشست. پیامبر ظرف پر از خرمایی را آورد و فرمود: «این را صدقه بده». این متون صراحتاً وجوب روزه را بیان کرده و از بین بردن آن را در اثر جماع یا خوردن و آشامیدن حرام ساخته، آزاد ساختن برده، یا دو ماه روزه گرفتن و اطعام شصت فقیر را کفّاره‌ی آن قرار داده است.[1]

---

۱. فقها در تعیین مصداق نصی که مجازات را بیان می‌کند، اختلاف دارند. به عقیده‌ی مالک و ابوحنیفه این کفّاره، ناظر به ابطال روزه بر اثر خوردن و آشامیدن است. شافعی و احمد و ظاهریه آن را ناظر به جماع دانسته‌اند. اساس اختلاف در این است که گروه اوّل مجازات را ناظر به تباه‌ساختن روزه در اثر خوردن و آشامیدن دانسته‌اند و گروه دوم فقط جماع را قابل مجازات می‌دانند. اختلاف نظرهای دیگری نیز هست که با اهمیت‌ترین آنها به قرار ذیل است: به نظر برخی این حکم شامل زنان هم می‌شود. برخی دیگر آن را فقط شامل مردان می‌دانند. هم‌چنین به عقیده‌ی گروهی، منظور متن، حالت عمدی است و بعضی میان عمد و حالت فراموشی تفاوت نمی‌گذارند. به عقیده‌ی برخی در حالت تعدد افطار، قاعده‌ی تداخل، اجرا می‌شود و به نظر عده‌ای رعایت نمی‌شود. هر گروهی استدلال خاص خود را دارند که اشاره به یکایک آنها در اینجا ضرورتی ندارد. مراجعه کنید: *بدایة‌المجتهد*، ج ۱، ص ۲۱۰ به بعد؛ *هدایة*، جلد اول، ص ۹۶؛ *الاقناع*، ج ۱، ص ۳۱۲ به بعد؛ *المهذب*، ج ۱، ص ۱۸۳ به بعد.

باطل ساختن احرام: خداوند می‌فرماید: «همه‌ی اعمال حج و عمره را برای خدا به پایان رسانید اگر ترس و منعی پیش آید فرستادن قربانی را که کاری سهل است به جای آرید و سر متراشید تا آن گاه که قربانی شما به محل ذبح برسد پس هر کس که بیمار باشد یا دچار سردرد شود اگر سر بتراشد، از آن فِدا کند به روزه داشتن یا صدقه کردن یا ذبح گوسفند، پس از آن که ترس و منع از میان رود هر کس از عمره‌ی تمتع به حج باز آید، هرچه میسر و مقدور است ـ از جنس گاو و شتر و گوسفند ـ آنجا قربانی کند. و هر کس به قربانی تمکن نیافت، سه روز در حج روزه بدارد و هفت روز هنگام مراجعت که ده روز شود و این عمل برای کسی است که اهل مکّه نباشد» (بقره، ۱۹۶) و «... صید بیابان مادامی که محرم هستید حرام است...» (مائده، ۹۶) و باز می‌فرماید: «ای اهل ایمان در حال احرام شکار را نکشید و هر کس آن را دانسته کشت، مثل آن صید را از نعمت‌هایی که دارد ـ و به مثل بودن آن دو مؤمن عادل حکم کند ـ به عنوان قربانی به کعبه رساند یا چند مسکین را طعام دهد یا به عوض آن روزه بدارد تا وبال مخالفتش را بچشد» (مائده، ۹۵) و می‌فرماید: «ای اهل ایمان حرمت شعایر خدا و ماه حرام را نگاه دارید و نیزمتعرض هدی و قلائد ـ قربانیان حاجیان چه علامت قربانی به گردن آن باشد یا نباشد ـ نشوید...» (مائده، ۲).

کعب‌بن‌عجره نقل می‌کند که با رسول خدا هم‌راه حج بوده که شپشی را روی سرش می‌کشد، پیامبر به ایشان دستور می‌دهد تا سرش را بتراشد و سپس می‌فرماید «سه روز روزه بگیر، یا شش فقیر را غذا بده که از همه بی‌چیزتر باشند؛ یا گوسفندی را قربانی کن».

میان فقها توافق است که نفس تراشیدن سر مقصود نیست، بلکه مقصود آن است که به این وسیله از زینت و زیور خودداری شود و لذا استعمال عطر و پوشیدن لباس‌های دوخته شده هم در حکم تراشیدن سر است و ابن عمر از پیامبر روایت می‌کند که درباره‌ی شخص محرم فرمود: محرم، نباید پیراهن و شلوار و کلاه و عمامه و کفش بپوشد. مگر آن که نعلین نیابد که در این صورت باید کفش‌ها را از پایین قوزک پا ببرد و لباسی که به آن زعفران و یا وَرس (مادّه‌ی اولیه‌ی زعفران) زده شده است، نپوشد.

رفث بالجماع والفسوق را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که محرم به اعمالی دست بزند که پیش از "احرام بستن"، انجام‌دادن آنها مباح بوده است، مانند شکار، استفاده از عطریات و آرایش با پوشیدن لباس‌های دوخته شده.[۱]

در سطور قبل به توضیح اموری که موجب فساد و ابطال احرام می‌شود و نیز مقررات و

---

۱. *تفسیرالمنار*، ج ۲، ص ۲۱۷ به بعد؛ *بدایةالمجتهد*، ج ۱، ص ۲۸۶ به بعد؛ المهذب، ج ۱، ص ۲۰۴ به بعد؛ *الهدایه*، ج ۱، ص ۱۲۵ به بعد؛ *الاقناع*، ج ۱، ص ۳۵۵ به بعد.

مجازات مترتب بر آنها پرداخته شد. فقها از این مقررات در بیان امور فاسدکننده‌ی احرام و ذکر مجازات آنها به عنوان مستند استفاده می‌کنند.

شکستن سوگند: خداوند می‌فرماید: «و زینهار که نام خدا را هدف سوگندهای خود قرار دهید...» (بقره، ۲۲۴) و باز می‌فرماید: «خدا به قسم‌های لغو و بیهوده ـ که به زبان است و نه بدل ـ شما را مؤاخذه نخواهد کرد و لکن به آن قسمی که از روی عقیده‌ی قلبی یاد کنید مؤاخذه خواهد کرد. کفّاره‌ی آن قسم، اطعام فقیر است، از آن طعام متوسط که غالباً برای اهل خود آماده می‌سازید یا جامه بر آنها بپوشانید، یا یک بنده آزاد کنید و هر کس توانایی آن ندارد سه روز روزه بدارد» (مائده، ۸۹). پیامبر (ص) به عبدالرحمن بن سمره فرمود: «... و اگر به انجام‌دادن امری سوگند یاد کردی و بعداً متوجه شدی که انجام‌دادن امر دیگر بهتر است، آن را انجام بده و برای نقض سوگند، کفّاره بپرداز».[1]

مواقعه در حالت حیض: خداوند می‌فرماید «و می‌پرسندت از عادت شدن زنان، بگو آن رنجی است برای زنان. در آن حال از مباشرت با آنان دوری کنید تا آن‌که پاک شوند» (بقره، ۲۲۲) و ابن‌عباس از پیامبر (ص) درباره‌ی کسی که در حالت حیض با زنش مواقعه کند نقل می‌کند که فرمود: یک دینار صدقه بدهد. نصف دینار هم روایت شده است. در روایت ابن‌عباس چنین نیز آمده است که اگر در حالت خون دیدن مواقعه کند، یک دینار باید بدهد و اگر در مرحله‌ی پایانی عادت، نزدیکی کند، نصف دینار صدقه می‌دهد. این حدیث، با این مضمون هم که ۱٫۵ دینار صدقه می‌دهد روایت شده است.

آیه‌ی قرآن در حرمت مواقعه‌ی زن در حالت عادت صریح است. اما حدیثی که از ابن‌عباس نقل شده و از نظر احمد نیز صحیح است، برای وطی حایض یک دینار کفّاره[2] قرار داده است. و چون سایر ائمه، هیچ‌کدام از احادیث فوق را قبول ندارند و در اجرای اصلی که می‌گوید، حکمی وجود ندارد تا با دلیل ثابت شود، وطی زن در حالت عادت را موجب کفّاره نمی‌دانند.[3]

کسانی که وطی زن حایض را موجب کفّاره نمی‌دانند، معلوم است که آن را از گناهانی می‌شمارند که کفّاره و حد ندارد؛ یعنی از گناهانی می‌دانند که ممکن است مرتکب آن را تعزیر کرد.

مواقعه در ظهار: خداوند می‌فرماید: «و آنان که از زنان خود ظهار کنند ـ آنان را به

---

۱. *بدایه‌المجتهد*، ج ۱، ص ۳۲۹ به بعد؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۵۰ به بعد؛ *الهدایه*، ج ۲، ص ۶۳ به بعد؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۳۳۷ به بعد.

۲. *همان*، ج ۱، ص ۶۴.

۳. *بدایة‌المجتهد*، ج ۱، ص ۴۶؛ *الهدایه*، ج ۱، ص ۱۸ به بعد؛ *المهذب*، ج ۱، ص ۳۶ به بعد.

منزله‌ی مادر و محارم دیگر گفتند ـ آن گاه از گفته برگشتند ـ عزم جماع کردند ـ پیش از تماس و مجامعت برده‌ای آزاد کنند، به این عمل پند و موعظه می‌شوید و خدا به تمام کردار شما آگاه است و هر کس =که برده نیابد باید پیش از جماع دو ماه متوالی روزه بگیرد. و اگر نتوانست شصت مسکین را طعام دهد» (مجادله، ۳ و ۴). این آیه در تعیین گناه و مجازات قاطع است.[۱]

۱۰۱. گناهانی که حد و کفّاره ندارند: قبلاً توضیح داده شد که این گناهان بر سه دسته است؛ دسته‌ای که به سبب جنس گناه، مجازات حد بر آن جاری است ولی خود آن حد ندارد. نوع دوم آن که حد دارد ولی به سبب وجود مانعی ساقط می‌شود. و نوع سوم که نه در جنس و نه در خود بزه، حد پیش‌بینی نشده است. احکام از نوع اوّل و دوم در بخش جرایم حدود و قصاص و دیات بیان شد. اما نوع سوم که بیشتر گناهان از این دسته هستند، باید گفت که در این مورد به سبب گستردگی، نمی‌توان متنی ارائه داد که مانند دو گروه دیگر بیانگر جزء به جزء مطلب باشد از این رو نگارنده در اینجا متعرض همه‌ی مقررات حاکم بر آنها نمی‌شود و فقط به ارائه‌ی موارد با اهمیت و مقررات جاری بر آن می‌پردازد. تا بدین‌وسیله بگوید که قاعده‌ی "عدم وجود جرم و مجازات بدون حکم شرعی" در این قبیل از معاصی نیز رعایت گردیده است:

۱ـ حرمت بخشی از مأکولات: خداوند می‌فرماید «همانا خوردن مردار و خون و گوشت خوک و هرچه به غیر نام خدا کشته شود حرام است. پس هر کس به خوردن آنها احتیاج پیدا کند و در صورتی که تمایل ندارد و از اندازه‌ی سدّ رمق نیز تجاوز نکند، گناهی بر او نخواهد بود که به قدر احتیاج صرف کند» (بقره، ۱۷۳) و باز می‌فرماید «برای شما مؤمنان گوشت مردار، خون و گوشت خوک و آن ذبیحه‌ای که به نام خدا کشته نشده همه حرامند و نیز هر حیوانی که با خفه کردن و از بلندی افکندن یا شاخ زدن به هم می‌میرند، و نیز نیم‌خورده‌ی

---

۱. فقها در تفسیر "یعدون لما قالوا" اختلاف دارند. مالک و شافعی و احمد می‌گویند مقصود این است که، متهم از آنچه بر خود حرام ساخته بود عدول می‌کند؛ یعنی وطی زن و یا عدم وطی او را قصد کند، مجاهدت و طاووس و ابوحنیفه می‌گویند مقصود، برگشتن از اسلام، به نتیجه‌ی ظهار در دوران جاهلیت است و داوود از علمای ظاهریه می‌گوید مقصود این است که "ظهار" را دوباره تکرار کند و اگر کسی دوباره نگوید، کفّاره نمی‌دهد. پس بنابر دیدگاه مالک و شافعی و احمد، جرم، جرم بسیط و ساده است از نظر بقیه به ویژه داوود، از جرایم اعتیادی است. و فقط با وجود ظهار دوم به وجود می‌آید. و دفعه‌ی اوّل جرم تلقی نمی‌شود. و لذا فقط در صورت تکرار کفّاره واجب می‌شود. رجوع شود به *بدایة‌المجتهد*، ج ۲، ص ۸۷ به بعد؛ *الهدایه*، ج ۳، ص ۱۴ به بعد؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۲۰ به بعد؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۸۲ به بعد.

درندگان جز آن که قبلاً تزکیه کرده باشید، حرام است. و نیز آن را که برای بتان می‌کشید و آن را که به تیرها قسمت می‌کنید...»[۱] (مائده، ۳) و «بر آنان هر طعام پاکیزه را حلال و هر پلید و منفور را حرام می‌گرداند» (اعراف، ۱۵۷) و پیامبر (ص) می‌فرماید: «سگ پلید است. پول حاصل از فروش او نیز پلید است». جابر از پیامبر اکرم (ص) نقل می‌کند که در جنگ حنین اسب و قاطر و الاغ ذبح کردیم پیامبر ما را از خوردن گوشت قاطر و الاغ منع کرد ولی از خوردن گوشت اسب منع نفرمود. از ابن عباس نقل شده است که پیامبر از خوردن گوشت درندگان دندان‌دار و پرندگان چنگال‌دار منع فرموده است و عایشه از قول پیامبر (ص) نقل کرده است که «کشتن پنج حیوان چه در حرم و چه در خارج آن جایز است: مار، موش، کلاغ، زغن و سگ هار».

۲ـ خیانت در امانت: خداوند می‌فرماید «ما بر آسمان‌ها و زمین و کوه‌های عالم، امانت را عرضه کردیم همه از تحمل آن امتناع ورزیده اندیشه کردند، تا انسان بپذیرفت و انسان نیز ـ در مقابل آزمایش و ادای امانت ـ بسیار ستم‌کار و نادان بود» (احزاب، ۷۲) و «همانا خدا به شما فرمان می‌دهد تا امانت‌ها را به صاحبانشان برگردانید و چون در میان مردم داوری کنید به عدالت قضاوت کنید» (نساء، ۵۸) و «ای اهل ایمان به خدا و رسول خیانت نکنید و خیانت در امانت هم نکنید» (انفال، ۲۷) و «اموال یتیمان را به آنان بدهید و مال پاک خود را با مال پاکیزه‌ی آنها عوض نکنید و اموالشان را در ضمیمه‌ی اموال خود نخورید که این گناهی بس بزرگ است» و «اموالشان را به آنها باز دهید و به اسراف و عجله مال آنها را حیف و میل نکنید بدین اندیشه که مبادا کبیر شوند و اموالشان را از شما بگیرند» (نساء، ۲ و ۶).

«هرگز به مال یتیم نزدیک نشوید مگر آن که راه خیر و طریق بهتری منظور دارید.» (اسراء، ۳۴) و «آنان که اموال یتیمان را به زور و ستم می‌خورند در حقیقت آتش جهنم را به شکم خود فرو می‌برند و به زودی در آتش فروزان دوزخ خواهند افتاد» (نساء، ۱۰) و «ای اهل ایمان مال هم‌دیگر را به‌ناحق مخورید مگر تجارتی از روی رضا و رغبت انجام دهید» (نساء، ۲۹). پیامبر (ص) می‌فرماید: «هرکس این چهار خصلت را داشته باشد منافق است و اگر بخشی از آنها را با خود داشته باشد به همان میزان از نفاق بهره‌مند است. اگر امین است و خیانت ورزد؛ به هنگام گفتن، دروغ بگوید؛ پیمان شکنی کند و در دشمنی راه فجور پیش گیرد»؛ و فرموده است: «کسی که امانت‌دار نیست ایمان ندارد».

---

۱. اسمی بود در جاهلیت که چون در امری مردد می‌شدند به تیری می‌نوشتند "خدا امر کرد" و به تیر دیگری می‌نوشتند "خدا نهی کرد" آن گاه تیرها را به هم می‌آمیختند و یکی را بیرون می‌آوردند و مطابق آن عمل می‌کردند: قرآن کریم، ترجمه‌ی الهی قمشه‌ای، ذیل آیه‌ی ۳ سوره‌ی مائده.

۳ـ تقلب در کسب و کار: خداوند می‌فرماید «وای به حال کم‌فروشان، آنان که چون به کیل و وزن چیزی از مردم بستانند تمام بستانند و چون چیزی بفروشند در کیل و وزن کم دهند» (مطففین، ۱ و ۳) و «ای مردم، سنگ تمام بگذارید و از کم‌فروشی کناره گیرید: اجناس را با میزان صحیح بسنجید و آنچه به مردم می‌فروشید از وزن و پیمان کم نگذارید و در زمین به ظلم و فساد کار بر نخیزید» (شعراء، ۱۸۱ تا ۱۸۳).

۴ـ شهادت دروغ: خداوند می‌فرماید «... گواهان از ادای شهادت وقتی احضار شوند خودداری نکنند...» (بقره، ۲۸۲) و «شهادت را کتمان نکنید و هرکس آن را کتمان سازد از قلب گناه‌کاری برخوردار است» (بقره، ۲۸۳) و «ای اهل ایمان قسط و عدل را برپا دارید به خاطر خداوند شهادت دهید اگر چه به زیان خود، یا پدر و مادر و خویشاوندانتان باشد» (نساء، ۱۳۵) و «کسانی که به دروغ شهادت نمی‌دهند...» (فرقان، ۷۲) و «... از پلید حقیقی یعنی بت‌ها بپرهیزید و نیز از شهادت دروغ دوری گزینید» (حج، ۳۰). ابوبکر از پیامبر (ص) روایت می‌کند که فرمود «آیا از بزرگ‌ترین گناهان کبیره شما را آگاه سازم؟» و سه بار این جمله را تکرار کرد. گفتیم: بلی یا رسول‌الله، فرمود: «شرک به خداوند و عاق والدین» به چیزی تکیه زده بود برخاست و نشست و فرمود «و سخن و شهادت دروغ» و هم‌چنان آن را تکرار می‌کرد تا این که گفتیم: «ای کاش می‌توانستیم»، که ساکت شدند.

۵ـ رباخواری: خداوند می‌فرماید «کسانی که رباخوارند از قبرها برنخیزند مگر مانند آن که به وسوسه و فریب شیطان، مخبط و دیوانه شده‌اند و آنان بدین سبب در این عمل زشت افتند که گویند که هیچ فرق میان معامله‌ی تجارت و ربا نیست و حال آن که خداوند تجارت را حلال و ربا را حرام ساخته است» (بقره، ۲۷۵) و «خدا سود ربا را نابود سازد و صدقات را افزونی بخشد» (بقره، ۲۷۶) و «ای کسانی که ایمان آورده‌اید از خدا بترسید و رها کنید ربا را و دیگر ربا مگیرید اگر اهل ایمانید پس اگر ترک ربا نکردید آگاه باشید که به جنگ خدا و رسول برخاسته‌اید، و اگر از این کار دست برداشتید، اصل مال برای شماست به کسی ستم نکرده‌اید و ستم ندیده‌اید» (بقره، ۲۷۸ تا ۲۷۹) و «ای اهل ایمان، ربا نخورید که دایم سود بر سرمایه بیفزایید» (آل عمران، ۱۳۰) و «آن سودی که شما به اسم ربا دادید تا بر اموال مردم رباخوار بیفزایید نزد خدا هرگز نیفزاید...» (روم، ۳۹).

پیامبر (ص) فرموده است: «از هفت چیز هلاک‌کننده بپرهیزید». گفتند یا رسول الله آنها کدامند؟ فرمود «شرک به خدا، سحر، کشتن نفس محترمی که خداوند آن را حرام ساخته است مگر آن که به حق مستحق قتل شود، رباخواری، خوردن مال یتیم، شرکت نکردن در جهاد و قذف زنان پاک‌دامن مؤمن».

۶ـ فحّاشی: خداوند می‌فرماید «خدا دوست نمی‌دارد که کسی به عیب خلق صدا بلند کند مگر آن که ستمی بدو رسیده باشد» (نساء، ۱۴۸) و «شما مؤمنان بر آنان که غیر خدا را می‌خوانند دشنام مدهید، تا مبادا آنها هم از روی دشمنی، خدا را دشنام دهند...» (انعام، ۱۰۸) و «ستمکار و تجاوزگر نباشید که خداوند ستمکاران را دوست نمی‌دارد» (بقره، ۱۹۰) و «ای اهل ایمان، نباید گروهی، گروه دیگر را به سخره و استهزاء گیرد، شاید آن قوم که مسخره می‌کنید، بهترین مؤمنان باشند و نیز بین زنان با ایمان، گروهی، گروه دیگر را مسخره نکند که بسا آن قوم، بهترین آن زنانند. و هرگز از هم‌دیگر عیب‌جویی نکنید و بر نام و لقب‌های زشت هم‌دیگر را نخوانید که پس از ایمان به خدا، نام فسق بسیار زشت است» (حجرات، ۱۱). پیامبر (ص) می‌فرماید «مسلمان، برادر مسلمان است، او را ستم نمی‌کند و پست و حقیر نمی‌شمارد» و باز می‌فرماید «در زشتی و شرارت یک شخص همین بس که برادر مسلمانش را تحقیر کند. خون و ناموس و مال هر مسلمانی بر مسلمان دیگر حرام است» و فرمود «گناه زبان درازی در ناموس مردم شدیدتر از رباخواری است» و باز فرمود «فحاشی بر مسلمان مایه‌ی فسق است و کشتن او مایه‌ی کفر».

۷ـ رشوه: خداوند می‌فرماید «آنها شنوندگان دروغ و خورندگان رشوت هستند...» (مائده، ۴۲) و «مال یکدیگر را به ناحق مخورید و کار را به محاکمه‌ی قضات نیفکنید که به وسیله‌ی رشوه و زور پاره‌ی مال مردم را بخورند با این که شما بطلان دعوی خود می‌دانید» (بقره، ۱۸۸) پیامبر (ص) می‌فرماید: «خداوند راشی و مرتشی و واسطه‌ی میان آن دو را لعنت کرده است» و باز فرمود: «خداوند راشی و مرتشی را لعنت کرده است» و هم‌چنین می‌فرماید: «هدایایی که به امرا داده می‌شود، حرام است و طوق لعنتی است بر گردن آنها». ابوحمید ساعدی روایت کرده است که پیامبر (ص)، ابن التبیّه را مأمور جمع‌آوری زکات کرد، وقتی از مأموریت خود بازگشت گفت: این سهم شماست و این را هم به من هدیه داده‌اند. پیامبر (ص) فرمود: «گناه مردمانی که به آنان حکومت می‌کنیم چیست؟ که می‌گویی این مال شما و این‌هم هدایای من؟»

۸ـ قماربازی: خداوند می‌فرماید «همانا شرب خمر و قماربازی و بت‌پرستی و تیرهای گروبندی پلید و از عمل شیطان هستند. از آنها پرهیز کنید» (مائده، ۹۰).

۹ـ ورود بدون اجازه به خانه‌ی مردم: خداوند می‌فرماید «ای اهل ایمان هرگز به هیچ خانه، مگر خانه‌های خودتان، تا با صاحبانش انس نداشته و اجازه نگیرید وارد نشوید و چون اجازه گرفتید داخل شوید و به اهل خانه سلام کنید که این شما را بهتر است. و اگر در خانه‌ای، کسی را نیافتید وارد نشوید تا به شما اجازه بدهند» (نور، ۲۷ و ۲۸) و «باکی بر شما نیست که به خانه‌ی غیرمسکونی که در آن متاعی دارید بی‌اجازه وارد شوید» (نور، ۲۹).

۱۰ـ تجسّس: خداوند می‌فرماید «هرگز از حال درونی هم‌دیگر تجسس نکنید...» (حجرات، ۱۲).

این جرایم ده گانه، که احکام آنها بیان شد از با اهمیت‌ترین جرایم تعزیر به شمار می‌آید. پرواضح است که با طرح این مقررات در حرمت آن جرایم، دیگر جای تردید و شک باقی نمی‌ماند. کسی که با متون اسلامی آشنایی دارد، قادر خواهد بود درباره‌ی هر آنچه شریعت آن را حرام ساخته، حکم و آیه‌ای بیابد که مورد جرم را تعیین و تعریف کرده است، این مورد و مواردی که درباره‌ی جرایم مستوجب حد یا کفّاره، بیان شد، قاطعانه دلالت می‌کنند بر این که اسلام «قاعده‌ی لاجریمه و لاعقوبه بلانص» را درباره‌ی هر جرمی رعایت کرده است.

۱۰۲. گمان‌های بی‌اساس: برخی به خطا گمان کرده‌اند که حقوق اسلامی، جرایم تعزیر را تعیین نکرده و آن را به اختیار قضات نهاده است و در نتیجه‌ی این گمان غلط، گفته‌اند سلطه‌ی قاضی در تعزیرات، سلطه‌ی تحکّمی است و جرایم تعزیر و کیفر آنها، منصوص نیست. قاضی اگر مصلحت بداند می‌تواند هر عملی را ــ هر چند حرمت آن قبلاً اعلام نشده باشد و قابل مجازات نباشد ــ کیفر تلقی و مرتکب آن را مجازات کند. استدلال این گروه بر منطق باطلی استوار است، که از حقیقت و واقعیت تهی است.

اینان در اثر بی‌اطلاعی و سوءفهم، به چنین گمان اشتباهی دچار گشته‌اند. عبارت‌هایی که در منابع اسلامی به کار رفته است، خلاصه و متمرکز و به دقیق‌ترین شکل بیان شده‌اند و در این دقت و خلاصه‌گویی بیش از مواد قوانین موضوعه مورد اهتمام قرار گرفته‌اند. از آن گذشته، فقها تعبیرات و اصطلاحات خاصی دارند که می‌بایست پیش از مطالعه‌ی حقوق اسلامی با آنها آشنا بود، درست مانند کسی که پیش از مطالعه‌ی قوانین موضوعه باید با تعبیرات و اصطلاحات قانونی آشنایی و الفت داشته باشد، پس کسی که با این اصطلاحات بیگانه و فاقد دقت لازم است، بدون شک به درک و فهم صحیح منابع شرعی نایل نخواهد شد و از این رو برخی پنداشته‌اند، اسلام جرایم تعزیر و کیفر آنها را تعیین نکرده است. اینان به صورت صحیح، آنچه را فقها در این باره نوشته‌اند، درک نکرده‌اند، در غیر این صورت می‌دانستند که اسلام، اعمالی را که گناه تلقی کرده، دقیقاً شمارش و معین کرده و قاضی را مکلف ساخته است تا قبل از هر چیز، اثبات کند آیا عملی که به متهم نسبت داده می‌شود به موجب مقررات شرعی گناه است یا خیر. در صورت وقوع معصیت، باید ببیند دلیلی بر توجه اتهام وجود دارد یا خیر، در صورت توجه و ثبوت اتهام، اعم از آن که متهم قبول کند یا نکند او را به تحمل یکی از مجازات‌های تعیین شده محکوم می‌سازد. به شرط این که

مجازات منظور با مجرم و جرم ارتکابی در نوع و کمیت متناسب باشد. اما اگر قاضی به این نتیجه برسد که عمل انتسابی گناه شمرده نشده است، نه جرم تلقی می‌شود و نه مجازات خواهد داشت. قاضی و هر شخص دیگری در هر موقعیت که باشد ـ حق ندارد عملی را حرام "جرم" بداند، تا وقتی که شریعت آن را حرام ندانسته است و همچنین نمی‌تواند مجازاتی را بر گناه متهم در نظر بگیرد که منظور شریعت نبوده است در غیر این‌صورت، کسی خواهد بود که حلال خدا را حرام و حرام او را حلال می‌سازد و اعتمادش به خداوند، بر پایه‌ی آگاهی و شناخت نیست.

۱۰۳. نمونه‌هایی از آنچه فقها در تعزیرات نوشته‌اند: صحت ادعای فوق را با نقل بخشی از آنچه فقها در این زمینه نوشته‌اند می‌توان اثبات کرد. یک فقیه حنفی مذهب می‌گوید: «هر گناهی تعزیر دارد... این مجازات تعیین ناشده است. بلکه تعیین آن به اختیار امام است که به اقتضای جرایم ارتکابی و اوضاع و احوال بزه‌کاران عمل می‌کند»[1] یک فقیه شافعی مذهب می‌گوید: «هرکس گناهی انجام دهد که حد و کفّاره ندارد، با مجازاتی که حکومت مصلحت بداند، کیفر می‌بیند»[2] و یک فقیه مالکی مذهب پس از آن که جرایم قصاص و دیات و جرایم حدود را می‌شمارد می‌گوید: «غیر از آنها موجب تعزیر است و این تعزیر به نظر و اجتهاد امام موکول گشته است امام به جهت معصیت خداوندی و یا تعدی به حق شخصی افراد، مجرم را مجازات می‌کند»[3] و یک فقیه پیرو احمد حنبل می‌گوید: «تعزیر همان تأدیب است که در هر گناهی که حد و کفّاره ندارد واجب می‌شود. میزان آن معین نشده است، امام و حاکم، متناسب با مصلحت عمومی و به اقتضای وضعیت مجرم، آن را تعیین می‌کند».[4]

فهم این سخنان کوتاه درباره‌ی تعزیر، زمانی مقدور است که معنای معصیت، حد و کفّاره و مجازات تعیین شده و کیفر تعیین نشده روشن شود.

در سطور پیشین معنای گناه و کفّاره بیان شد، اکنون معنای حد توضیح داده می‌شود.

حد: مجازاتی است که شرعاً میزان آن تعیین شده است. معنای "مقرر شرعی" این است که خود شارع نوع و مقدار مجازات را تعیین کرده است و حق تعیین نوع و مقدار آن از قاضی سلب شده است و قاضی نمی‌تواند میزان آن را کم یا زیاد؛ یا با مجازات دیگری عوض کند و یا اجرای آن را متوقف سازد. پس حد، مجازاتی است که الزاماً باید خود آن رعایت شود و مجازاتی است که در اثر تعیین و تحدید قبلی، یک میزان بیشتر ندارد؛ هرچند طبیعتاً دارای

---

۱. *الزیلعی*، ج ۳، ص ۲۰۸.
۲. *المهذب*، ج ۲، ص ۳۰۶.
۳. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۱۹.
۴. *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۶۸.

دو کیفر حدی باشد، مثلاً مجازات زانی غیر محصن از سوی شارع یکصد تازیانه تعیین شده است که در صورت ثبوت آنها باید یکصد ضربه، نه یک شلاق بیشتر و نه یک شلاق کمتر، نواخته شود. و در اثر همین تعیین قبلی است که گفته می‌شود این مجازات "حد واحد" دارد؛ هر چند زنا در طبیعت و ذات خود ممکن است دارای دو نوع کیفر حدی یعنی رجم و جلد باشد. مجازات قذف که عقوبت مقدر است، هشتاد تازیانه است نه بیشتر و نه کمتر. مجازات قصاص هم عقوبت مقدر است زیرا نباید از میزانی که متهم مرتکب شده کمتر یا زیادتر باشد. مجازات دیه هم، مقدر است، و قاضی نمی‌تواند میزان آن را کم یا زیاد کند.

عقوبت غیر مقدر: آن است که انتخاب نوع آن از میان مجازات‌های متعدد به عهده‌ی قاضی رسیدگی‌کننده است؛ که اگر میزان معینی نداشته باشد، مقدارش را او تعیین کند، به نحوی که از حداکثر بیشتر و از حداقل پایین‌تر نباشد.

با آگاهی از این اصطلاحات به آسانی آنچه فقها درباره‌ی تعزیر می‌گویند فهم خواهد شد، پس وقتی فقها گفته‌اند: هر گناهی تعزیر دارد؛ بدین معناست که عملی که شرعاً حرام است، تعزیر دارد. وقتی گفته‌اند: مجازات‌های تعزیری از سوی شارع تعیین نشده است، معنایش این است که برای هر یک از جرایم تعزیری، مجازات معین و مقدر در نظر گرفته نشده است؛ تا همانند جرایم حدود و قصاص و دیه چاره‌ای جز انتخاب آن نباشد، بلکه مجازات‌های متعددی وضع گردیده است و قاضی نه تنها ملزم به انتخاب یک مجازات، و نه بیشتر، نیست، بلکه می‌تواند یک یا چند مجازات را توأماً مورد حکم قرار دهد. و اگر مجازاتی را برگزیند که حداقل و حداکثر دارد، می‌تواند حداقل آن را مورد حکم قرار دهد یا متهم را به تحمل حداکثر آن محکوم سازد. با این وصف، ملاحظه می‌شود که هنوز حدود معینی برای مجازات جرم تعزیری در میان مجازات‌هایی که برای تعزیر (از سوی شارع وضع گردیده) مشخص نشده است زیرا دراین‌باره نص و حکمی که قاضی بنابر آن حکم صادر کند در دست نیست.

وقتی فقها گفته‌اند: میزان تعزیر موکول به نظر امام یا حاکم است، معنایش این است که قاضی، که جانشین امام یا دولت و یا حاکم است، حق دارد براساس وضع و حال شخصیت مجرم و اوضاع و احوالی که جرم در آن رخ داده و براساس استنباط و نظر شخصی‌اش در تعیین کیفیات مخففه یا مشدده، مجازاتی را انتخاب و میزان آن را تعیین کند و متهم را به تحمل آن محکوم سازد.

۱۰۴. چگونگی وضع مجازات‌های تعزیری در اسلام: در مطالب پیشین ملاحظه شد که در اسلام به جرایم تعزیری تصریح و آنها را معین کرده است و دلیل این ادعا هم بنابر

آیات قرآن و قواعد عمومی ارائه شد. در مورد مجازات‌های تعزیری، تصریح شرعی نیز وجود دارد که دلایل آن به شرح ذیل است:

اولاً ـ مجازات‌های تذکر، تهدید، شلاق و ایراد ضرب: قرآن کریم و سنت پیامبر، درباره‌ی این مجازات‌ها صراحت دارند. خداوند می‌فرماید: «و زنانی که از مخالفت و نافرمانی آنها بیم‌ناک هستید باید نخست آنها را پند دهید "تذکر" و از خوابگاهشان دوری جویید ـ "واهجروهن فی المضاجع" ـ و در صورت نافرمانی، آنها را با زدن تنبیه کنید. چنانچه اطاعت کردند، دیگر حق هیچ گونه ستم بر آنها ندارید» (نساء، ۳۴). این آیه‌ی قرآن، درباره‌ی زنی که از شوهرش فرمان‌بری نکند، سه نوع مجازات تعزیری در نظر گرفته است که عبارت‌اند از: وعظ و تذکر؛ دوری کردن از بستر وی؛ و کتک زدن، و چون نشوز گناهی است که حد و کفّاره ندارد، چنین بر می‌آید که این مجازات‌ها، در مورد هر معصیتی که حد و کفّاره ندارد، اجراشدنی است.

هرچند دوری کردن از بستر زن، مجازات خاص زن است و فقط شوهر می‌تواند آن را اعمال کند، جداکردن از بستر، نوعی از "مهاجرت و تبعید" است. پیامبر (ص) فرمان داد سه نفر را که خلاف کرده بودند از محل کوچ دهند، عمر دستور داد صبیع کوچ کند. پس "هجر" یک مجازات کلی است که معنایش جدا کردن و کندن متهم است و پایان آن فقط با توبه‌ی "مهجور"[1] میسر است.

پیامبر می‌فرماید: «خدا رحمت کند مردی را که تازیانه‌اش بالای سر خانواده‌اش آویزان است» و فرمود «چوب‌دستی‌ات را از بالاسر خانواده‌ات بلند مکن» و فرمود «هرکس در غیر مورد حد، به اندازه‌ی حد تازیانه بزند از ستم‌کاران است» این روایت‌ها مستلزم دو مجازات است: نخست تهدید به مجازات و ترسانیدن از آن که از فرازهای "آویختن تازیانه بالای سر خانواده" و "بلند نکردن چوب‌دستی از بالاسر خانواده" مستفاد می‌گردد. دوم، ایراد ضرب با چوب‌دستی یا تازیانه. روایت سوم به جواز زدن تازیانه در غیر جرایم حدود صراحت دارد. هم‌چنان که براساس یک رأی، حداکثر مجازات تازیانه را نیز تعیین می‌کند و حال آن که به نظر بعضی دیگر از فقها، حداکثر را حکومت تعیین می‌کند.[2] مجازات‌های وعظ و تهدید طبیعتاً یک حد بیشتر ندارند و مجازات "هجر" چنانچه قبلاً بدان اشاره شد با توبه‌ی مهجور تمام می‌شود و مجازات‌های تازیانه و ایراد ضرب با چوب‌دستی با حدهای حداقلی و حداکثری اجرا می‌شود.

ثانیاً ـ توبیخ: از ابوذر روایت شده است که گفت: «به مردی فحش دادم و به سبب

---

۱. به جلد دوم شماره‌های ۴۴، ۵۰ و ۵۱ مراجعه شود. ۲. به جلد دوم شماره‌ی ۴۴ رجوع شود.

مادرش او را سرزنش کردم». پیامبر (ص) فرمود: «ابوذر او را با مادرش سرزنش و نکوهش کرده‌ای؟ خصلت دوره‌ی جاهلیت را هم‌راه داری». این پیامبر است که ابوذر را توبیخ می‌کند و لذا توبیخ، یک مجازات تعزیری به حساب می‌آید که سنت پیامبر آن را قانونی ساخته است و سنت اعم از قولی و فعلی، دومین منبع قانون‌گذاری در اسلام است.

ثالثاً ـ زندان و به صلیب کشیدن: منشأ این دو مجازات "سنت فعلی" است. از پیامبر روایت شده است که مردی را که در مظان تهمت بود زندانی کرد، و مردی را در کوه "ابوناب"[1] به صلیب کشید.

رابعاً ـ قتل: منشأ این مجازات "سنت قولی" است. از پیامبر روایت شده است که فرمود: «اگر کسی شما را علیه رهبری واحد و به منظور تهدید و گسستن وحدت و یکپارچگی به شورش دعوتتان کرد، او را بکشید» و در روایت دیگری می‌فرماید: «کسی را که بخواهد این امت را در حالی که متحدند از هم‌دیگر جدا کند هر کس که می‌خواهد باشد، با شمشیر گردنش را بزنید».[2] فرض این است که مجازات قتل، برای جرایم خطرناک پیش‌بینی شده است.

خامساً ـ جزای نقدی، نفی بلد و تشهیر: منشأ این مجازات‌ها اجماع است؛ که مانند قرآن و سنت از منابع قانون‌گذاری به حساب می‌آید.[3]

از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که منشأ مجازات‌های تعزیری قرآن و سنت و اجماع است. زیرا که آنها مجازات‌هایی هستند که شارع آنها را وضع کرده است. در این نکته جای هیچ‌گونه شک و تردیدی نیست.[4]

مجازات‌های تعزیری مبتنی بر آیات قرآن، قول و عمل پیامبر (ص) و اجماع مسلمین است در عین حال، آزادی عمل قاضی در انتخاب مجازات متناسب و تعیین مقدار آن و اجرای مجازات یا متوقف ساختن آن نیز اجماعی است.

۱۰۵. هیچ جرم و مجازات تعزیری بدون نص قانونی وجود ندارد: از مطالب پیشین این نتیجه به دست آمد که حقوق اسلامی، جرایم و مجازات‌های تعزیری را نیز منصوصاً بیان کرده و آنها را به صورت دقیق تعیین و تحدید کرده است. به طوری که قاضی نمی‌تواند عملی را قابل مجازات بداند که شریعت آن را حرام نساخته است و نیز قادر نیست غیر از مجازات‌های تعزیری تعیین شده، مجازات دیگری را مورد حکم قرار داده از چارچوب

---

۱. به جلد دوم شماره‌های ۴۵ و ۴۹ مراجعه شود. ۲. به جلد دوم شماره‌ی ۴۳ رجوع شود.

۳. به جلد دوم شماره‌های ۴۸، ۵۴ و ۵۷ مراجعه شود.

۴. در اینجا از مجازات‌ها به اختصار سخن گفته شد اما در جلد دوم به تفصیل مورد بحث قرار گرفته‌اند.

موجود خارج گردد. علاوه بر این که آیات و مقررات در این نکته صراحت دارند، واقعیت ملموس نیز آن را تأیید می‌کند. این سخن که قاضی در جرایم تعزیری از "سلطه‌ی تحکمی" برخوردار است، پایه و اساسی ندارد و جا دارد گفته شود که مبنای این سخن، کم‌اطلاعی و عدم درک صحیح است.

حقیقتی که تنها، انسان زورگو با آن مجادله می‌کند، این است که هر کس بر مقررات شرعی آگاه و بر فهم شیوه و اصطلاحات فقها قادر است، به‌راستی می‌داند که قاضی در تعیین جرایم و مجازات‌های تعزیری، این قدرت را ندارد که به میل خود رفتار کند زیرا که تعیین جرم و مجازات بر مقررات وضع‌شده استوار است. اختیار قاضی فقط در این است که، حکم قضیه‌ی مطروحه را در مقررات بیابد و اگر بر مبنای آن جرمی واقع شده بود، متهم را به تحمل مجازات محکوم سازد. البته اسلام، در تعیین مجازات متناسب از میان مجازات‌هایی که برای جرم مورد نظر صادر شده، دست قاضی را باز گذاشته و به او اختیارات وسیعی داده است که در صدور حکم محکومیت متهم، شخصیت و سوابق او و میزان تنبه او از مجازات، هم‌چنین ماهیت جرم و تأثیری را که بر جامعه گذاشته است، مد نظر قرار دهد و این اختیار را نیز دارد که متهم را به تحمل یک یا چند مجازات محکوم سازد و حداکثر مجازات و یا حداقل آن را مورد حکم قرار دهد و نیز حق دارد که او را صرفاً با پند و اندرز و یا توبیخ و تهدید به این که دیگر جرم ارتکابی را تکرار ننماید و یا با شدیدتر از این حالات او را مجازات کند، مثلاً وی را به زندان یا جزای نقدی محکوم و مجازات را اعمال و یا اجرای آن را متوقف کند.

اختیار قاضی از دیدگاه شریعت تا حدی است که توضیح داد شد و البته این اختیار بلاقید و به دل‌خواه هم نیست بلکه این اقتدار، برای معالجه‌ی مجرم و دفع آثار جرم به قاضی داده شده است که فقط در انتخاب مجازات و تعیین مقدار آن، آزادی عمل دارد، چنین نیست که هر عملی را به دل‌خواه حرام بداند و از طرف خود، مجازات خاصی درنظر بگیرد. مقصود از اعطای اختیار و آزادی عمل مزبور، این است که قاضی، جرم و مجرم خطرناک را تعیین کند و درمانی که با آن دو متناسب باشد برگزیند. این اختیار و آزادی عمل، در جهت تحقق عدالت و رفع معضل اجتماعی، و قراردادن هر چیز در موضع و جایگاه خاص خود، و مجازات هر کس با کیفری که شایسته‌ی اوست، سلطه و اقتدار ارزشمندی است.

این شیوه که اسلام در درمان جرایم تعزیر، از ۱۳ قرن قبل احکامی ارائه داده، همان است که امروزه مورد توجه قوانین وضعی قرار گرفته است، این قوانین به توسعه‌ی اقتدار قضات در انتخاب مجازاتی که با جرم و مجرم متناسب باشد و نیز تعیین مقدار آن منجر

می‌شود. و غالباً این امکان در اختیار قاضی قرار می‌گیرد که یکی از دو یا چند مجازات را برگزیند و یا برای همه‌ی آنها حکم صادر کند و یا متهّم را به تحمل حداکثر و یا حداقل مجازات محکوم و اجرای مجازات را متوقف سازد؛ یا اجرای آن را به سبب وجود شرایطی اجازه دهد. با این حال، امکان اختیار و آزادی عملی که در قوانین عرفی برای قاضی درنظر گرفته شده است، بسیار محدودتر از اختیاری است که اسلام به او اعطا می‌کند. چه بسا درمواقعی که قاضی خود را از یافتن مجازاتی که با قضیه‌ی مطروحه متناسب باشد ناتوان می‌یابد، با مشکل مواجه می‌شود. همین موضوع سبب شده است که بیشتر علمای حقوق، آزادی عمل بیشتری را برای قاضی بخواهند و برخی از آنان در حل این مشکل پیش‌نهاد کرده‌اند که قانون برای هر جرمی، شخصاً مجازات تعیین نکند، تا قاضی پرونده، با نظر به اوضاع و احوال منعکس در آن و شخصیت مجرم، او را به تحمل کیفر مناسب محکوم سازد. این شیوه‌ی پیش‌نهادی عیناً همان است که اسلام در مجازات‌های تعزیری انتخاب کرده است.

بند دوم: تعزیر به سبب مصلحت

۱۰۶. مجازات تعزیری برای مصلحت عمومی: قاعده‌ی کلی بر این است که تعزیر فقط در مقابل گناه و معصیت اعمال می‌شود؛ یعنی عملی که ذاتاً حرام و بنابر مقررات ممنوع است. ولی اسلام اجازه می‌دهد که به عنوان استثنا بر قاعده‌ی کلی موصوف، در غیرمعصیت نیز "تعزیر" جاری شود؛ یعنی چنانچه مصلحت همگانی[1] اقتضا کند، عملی که ذاتاً حرام و جرم تلقی نمی‌شود، مستوجب تعزیر باشد.

اعمال و حالاتی که مشمول این استثنا می‌شود پیشاپیش قابل شمارش و تعیین نیستند زیرا آنها، جرم محسوب نمی‌شوند، بلکه به سبب ایجاد وصفی، رنگ مجرمانه می‌گیرد و مادام که واجد وصف، مجرمانه باشد حرام، و چون آن را از دست بدهد، مباح خواهد بود. صفتی که باعث می‌شود عمل ارتکابی، مشمول مجازات شود، عبارت است از زیان‌بار بودن آن برای منافع عمومی و یا نظم عمومی. چنانچه این صفت در عمل و یا در حالتی یافت شود، مرتکب، مستحق مجازات خواهد بود و اگر چنین نباشد، مجازات نخواهد شد. به این ترتیب، تعزیر به سبب مصلحت همگانی، مشروط است به این که یکی از دو امر ذیل به متهم نسبت داده شود:

۱ـ متهم به عملی دست زده است که با مصلحت عموم و یا نظم عمومی در تضاد است؛

---

۱. *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۱۸ و ۱۹؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۶۹؛ *ابن‌عابدین*، ج ۳، ص ۲۵۱ و ۲۵۹؛ *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۶.

۲ـ متهم حالتی دارد که به زیان مصلحت عموم و یا نظم عمومی است.

پس اگر در پرونده‌ای، اتهام متهم یکی از دو امر فوق باشد و در دادگاه صحت اتهام انتسابی به اثبات رسد، قاضی نمی‌تواند متهم را تبرئه کند، بلکه وظیفه دارد او را به تحمل کیفری که مناسب می‌داند محکوم کند؛ هرچند عمل ارتکابی فی‌نفسه حرام نبوده و مجازات نداشته باشد.

فقها در مشروعیت تعزیر به سبب مصلحت عمومی، به عمل پیامبر (ص) استناد می‌کنند.

ایشان مردی را که متهم بود شتری را سرقت کرده است، زندانی کرد، و وقتی بعداً معلوم شد که سارق نبوده آزادش کرد.[1] شاهد مثال در این است که حبس، مجازات تعزیری است و مجازات در صورتی اعمال می‌شود که جرمی، رخ دهد و به اثبات برسد. و چون پیامبر (ص) آن مرد را به صرف اتهام، زندانی کرد معنایش این است که او را به سبب همان تهمت مجازات کرده است، و هم‌چنین پیامبر با این کار، مجازات هر کسی را که در مظان اتهام باشد، و یا اوضاع و احوال، او را چنین نشان دهد، هرچند به عمل حرامی دست نزده باشد نیز، جایز دانسته است. مجازات مزبور را که پیامبر (ص) عملاً اعمال کرده است، بنابر مصلحت عمومی و به منظور حفظ نظم جامعه اجرا شده است، زیرا آزادی بلاقید متهم پیش از آن که در حول و حوش اتهام انتسابی تحقیق به عمل آید موجب فرار او می‌گردد. و گاهی باعث می‌شود که حکم ناصحیحی درباره‌ی او صادر شود؛ یا پس از صدور حکم، مجازات اعمال نگردد. پس حمایت مصلحت مردم و حفظ نظم عمومی اساس و پایه‌ی این مجازات است.

فقها در مشروعیت تعزیر به سبب مصلحت عمومی، به عمل‌کرد عمر خلیفه‌ی دوم نیز استناد می‌کنند. عمر شبانه در مدینه گشت می‌زد، شنید که زنی می‌گوید: آیا شرابی هست که بنوشم؟ یا راهی هست که به نصربن‌حجاج دست‌رسی پیدا کنم؟ عمر، نصربن‌حجاج را احضار کرد، دید جوان خوش سیمایی است که با اصلاح سرش به زیبایی خود افزوده است. او را به بصره تبعید کرد، مبادا که زنان، مفتون زیبایی او شوند، با این که ارتکاب عمل حرام، به وی نسبت داده نشده بود، شاهد مثال در این است که "تبعید" یک مجازات تعزیری است. عمر از آن رو نصربن‌حجاج را تبعید کرد که تشخیص داد وجود او در مدینه، به زیان مصلحت عمومی است، با آن که زیبایی چهره‌اش او را در این حالت قرار داده بود و او خود، قصد اضرار به نظم عمومی و خدشه وارد کردن به مصلحت عموم را نداشت.

از مثال‌های دیگری که برای "تعزیر به نفع مصلحت عمومی" می‌توان آورد، عبارت است

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۱۷.

از تأدیب اطفال به سبب ترک نماز و طهارت و ارتکاب اعمالی که شرعاً حرامند، با آن که اطفال غیرممیز برای انجام‌دادن تکلیف اهلیت ندارند و به همین دلیل این اعمال در مورد آنان جرم و گناه محسوب نمی‌شود و به آنان نسبت نافرمانی نمی‌توان داد،[1] باوجود این تأدیب آنان نشان می‌دهد که فقط از حیث مصلحت عمومی تعزیر می‌شوند.

از مثال‌های دیگری که می‌توان آورد عبارت است از جدا کردن مجنون از معاشرت با مردم؛ چنانچه بیم اضرار در میان باشد و زندانی‌کردن وی برای جلوگیری از آزار مردم؛ با آن که هیچ دلیلی نباشد که به عمل معینی دست زده است.

به منظور حمایت جامعه و پایداری از امنیت آن در مقابل اشخاص مظنون به ارتکاب جرم، افراد خطرناک و مجرمان به عادت و کسانی که به شورش و ایجاد فتنه دعوت می‌کنند در نظریه‌ی تعزیر به نفع مصلحت جامعه، مجوز اتخاذ هر نوع ضمانت اجرا صادر شده است. گذشته از آن، این نظریه بر قواعد کلی حقوق اسلامی استوار است که به موجب آن ضرر شخصی در مقابل تضرر جمع، تحمل می‌شود و با ایراد زیان کوچک‌تر از ضرر بزرگ‌تر جلوگیری به عمل می‌آید.

۱۰۷. اقتدار قاضی در تعزیر برای مصلحت، تحکمی (دل‌بخواه و مستبدانه) نیست: اشاره شد که حالت‌هایی که شخص به سبب ارتکاب عمل (یا داشتن وصفی) بدون آن که ذاتاً حرام باشد تعزیر می‌شود، پیشاپیش قابل شمارش نیست، و قاضی پرونده‌ی مطروحه، وقتی شخص را محکوم به تحمل مجازات می‌کند که عمل انتسابی، با نظم عمومی و مصالح جامعه در تصادم باشد والّا او را تبرئه و اگر محکوم کند باید به تحمل یکی از مجازات‌های تعزیری محکوم کند. پس اقتدار قاضی، مطلق و تحکمی نیست، بلکه این اقتدار در چارچوب قیودی که شریعت بیان کرده و وجود آنها را لازم شمرده است، محدود می‌شود. آزادی عمل قاضی در "مانحن فیه"، از آزادی عمل او در جرایم تعزیر که مخصوصاً حرام هستند، بیشتر نیست. و همه‌ی آنچه در مورد این اقتدار می‌توان گفت این است که اختیار و آزادی عمل گسترده‌ای به قاضی داده شده است تا بهترین انتخاب را در تعیین مجازات و تعیین میزان آن و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و شخص مجرم به عمل آورد، و چنین نیست که از طرف خود جرم تراشی کند و مجازات‌های خلق‌الساعه‌ای بیافریند. و هرچند این اقتدار گسترده باشد، باز هم از دایره‌ی قاعده‌ی "جرم و مجازات بدون حکم شرعی به وجود

---

۱. *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۱۸؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۶۹ و ۲۷۳؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۶۴؛ به نظر برخی چون عمل ارتکابی ذاتاً معصیت است، اطفال مجازات می‌شوند.

نمی‌آید"، بیرون و فراتر نخواهد بود. حقوق اسلامی، مدام به این قاعده پای‌بند بوده؛ هر چند آن را در حالت "تعزیر برای مصلحت عمومی" به شکل ویژه‌ای رعایت کرده باشد.

این گمان که اگر عمل برخلاف نظم عمومی و مصلحت جامعه باشد قاضی حق دارد آن را جرم بشناسد، اشتباه بزرگی است، زیرا شریعت اسلام، مجازات را بسته به این که حالت یا عمل شخصی، مصلحت عمومی و یا نظم جامعه را به خطر اندازد، مشروط ساخته است. این شرط فی‌نفسه "جرم" را تعیین می‌کند و تصریح روشنی است به این که، هرکس عملی انجام دهد که مصلحت جامعه و نظم عمومی را به خطر اندازد و یا حالتی بیابد که باعث آزار و ایذای عموم باشد، با یکی از مجازات‌هایی که برای گناهان مقرر گردیده، مجازات می‌شود. و عمل ارتکابی، هرچند ذاتاً حرام نیست با وصف فوق، "جرم" به حساب می‌آید.

۱۰۸. قاعده‌ی عدم جرم و مجازات بدون حکم شرعی در این نوع از تعزیر: از آنچه گفته شد، چنین برمی آید که حقوق اسلامی، قاعده‌ی "هیچ جرم و مجازاتی بدون حکم شرعی به وجود نمی‌آید" را زیر پا نگذاشته است و حتی در رعایت آن نسبت به این قبیل جرایم، در مقابل جرایم تعزیری معمولی سخت‌گیری بیشتری نکرده است و به جای آن که عمل تشکیل‌دهنده‌ی جرم، و مجازات آن را، آن‌گونه که در جرایم حدود و قصاص و دیه عمل کرده است، مخصوصاً بیان کند و پس از تعیین عمل مجرمانه، دست قاضی را آزاد بگذارد تا از میان مجازات‌های تعیین شده، مجازات مناسب را برگزیند، چنین مقرر داشته است: هر فعل و یا حالتی که نظم و مصلحت جامعه را به خطر اندازد، با یکی از مجازات‌های مناسب جرایم تعزیری، مجازات خواهد شد.

در ذیل به بیان شیوه‌های مختلفی که حقوق اسلامی درباره‌ی قاعده‌ی "لاجریمه و لاعقوبه بلانص" به کار گرفته است و نیز تفاوت آنها پرداخته می‌شود:

اولاً ـ از نظر تعیین عمل مجرمانه: حقوق اسلامی در جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه و جرایم تعزیری معمولی، عمل تشکیل‌دهنده‌ی جرم را تعیین کرده است. این عمل در هرجا و همیشه جرم است. اما در تعزیر برای مصلحت جامعه، عمل ممنوع، عیناً تعیین نشده است، بلکه جرم و گناه با «وصف» خود معین گشته است. چون جدایی صفت از فعل همواره ممکن است از این رو، چنانچه عمل واجد وصف لازم نباشد، جرم نخواهد بود و اگر مصحلت جامعه و نظام آن را به خطر اندازد، مجرمانه تلقی خواهد شد.

ثانیاً ـ از حیث تعیین مجازات: حقوق اسلامی، در هر حال هیچ جرمی را بدون مجازات باقی نگذاشته و برای هر جرمی مجازات خاص آن را پیش‌بینی کرده و در جرایم حدود و

قصاص و دیات اجرای آن را لازم و حتمی دانسته است. اما در جرایم تعزیری، اعم از معمولی و یا آنچه برای حمایت مصلحت عموم و نظم جامعه پیش‌بینی شده، مجموعه‌ای از مجازات‌ها را مقرر ساخته و قاضی را آزاد گذاشته است که مجازات مناسب را انتخاب کند.

آنچه گذشت، بیانگر تأثیر قاعده‌ی "هیچ جرم و مجازاتی بدون حکم شرعی وجود ندارد" در جرایم تعزیری (که برای حمایت از مصالح عموم مقرر گشته‌اند) بود، پس این قاعده، هرچند در محدوده‌ی باز، رعایت شده است، نمی‌توان گفت که متهم در مقابل عملی که ممنوع نیست یا حرمت آن قبلاً اعلام نشده، مجازات می‌شود. زیرا شرعاً، فردی که مرتکب عملی می‌شود که نظم عمومی و مصلحت همگانی را به خطر می‌اندازد، مستوجب کیفر است. به این ترتیب همه‌ی افراد وظیفه دارند از ارتکاب عملی که مصلحت جامعه را تهدید می‌کند بپرهیزند و هر لحظه شرایط و اوضاع احوال جامعه را مدّ نظر داشته باشند و اعتبار و ارزش آنها را بسنجند.

۱۰۹. چرا تعزیر به نفع مصلحت جامعه اجازه داده شده است: ضرورت‌های اجتماعی یگانه عامل تشریع این نوع جرایم است، حمایت از جامعه و مصالح همگانی، به احکام انعطاف‌پذیری نیازمند است که با هر مکان و حالت و هر زمان و هر لحظه مناسب باشد. از این حیث مناسب‌تر و انعطاف‌پذیرتر از آنچه حقوق اسلامی مقرر داشته است، حکم دیگری نمی‌توان یافت. زیرا این اصل، شایستگی آن را دارد که ریشه‌ی هر کسی را که به ضرر و زیان جامعه و نظم آن تلاش می‌کند، بخشکاند. البته چنین شخصی، اگر هم بتواند خود را ازشمول احکام خشک و بی‌روح خارج سازد، در هر حال از شمول این احکام انعطاف‌پذیر رهایی نخواهد یافت. در قسمت‌های آینده ملاحظه خواهید کرد که نظریه‌ی حقوق اسلامی بیشترین تأثیر را بر جدیدترین قوانین وضعی به منظور حفظ نظم و مصلحت عمومی، گذاشته است.

بند سوم: تعزیر به سبب مخالفت‌ها

۱۱۰. تعزیر در مخالفت‌ها: شمول و اجرای حکم تعزیر درباره‌ی ترک واجبات و اجرای محرمات در میان فقها اتفاقی است. لکن آنان، در این که، انجام‌دادن مکروه و ترک مستحب هم تعزیر دارد یا خیر، اختلاف نظر دارند. گروهی می‌گویند مجازات ندارد[۱] گروه دیگر

---

۱. ابن حزم، الاحکام *فی اصول‌الاحکام*، ج ۱، ص ۴۳؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۷۰ و ۲۷۱؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۰؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۶۳؛ شرح *مسلم‌الثبوت*، ج ۱، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

انجام‌دادن مکروه و ترک مستحب را شایسته‌ی مجازات می‌دانند.[۱] این اختلاف نظر، به نوع تعریف از "مکروه و مستحب" باز می‌گردد. آن عده که مکروه را "نهی از انجام‌دادن فعل با اختیار انجام‌دادن آن" و مستحب را "دستور انجام‌دادن فعل با اختیار ترک آن" تعریف کرده‌اند؛ یا به عبارت دیگر، مکروه را به عنوان "نهی" و مستحب را به عنوان «امر» نپذیرفته‌اند به عدم جواز عقاب نظر داده‌اند. زیرا کیفر، انحصاراً در مقابل تکلیف متصور است. اما کسی‌که مکروه را «نهی بدون تخییر» و مستحب را "امر، بدون تخییر" تعریف کرده، لزوم مجازات را نیز پذیرفته است. این گروه با آن که "مجازات" را مجاز می‌دانند، از عمل یا ترک فعل، به عنوان معصیت نام نمی‌برند و مرتکب فعل یا ترک فعل را "عاصی" نمی‌شناسند. بلکه عمل او را "مخالفت" دانسته و شخص را "مخالف" قلمداد کرده‌اند. زیرا به نظر آنها "عصیان" در ارتکاب گناه، گفته می‌شود و گناه از فاعل مکروه و تارک مستحب، ساقط است.[۲]

برخی از کسانی که به "مجازات" عقیده دارند به عمل‌کرد عمر استناد می‌کنند. روایت است که او روزی از کنار شخصی که گوسفندی را برای ذبح بر زمین خوابانیده و بعد مشغول تیزکردن چاقو شده بود، می‌گذشت. عمر از سینه‌اش گرفت و بلند کرد و گفت چرا قبلاً چاقو را تیز نکرده‌ای.[۳]

این گروه عقیده دارند که مرتکب خلاف، وقتی مجازات می‌شود که اتیان مکروه و ترک مستحب را تکرار کند. پس، از نظر آنان، عمل به مکروه و ترک مستحب، فی‌نفسه مشمول مجازات نمی‌شود بلکه تکرار آنها، فاعل را شایسته‌ی مجازات می‌سازد. و "عادت" با دو بار تکرار، تحقق می‌یابد.[۴]

چنانچه انجام‌دادن مکروه و ترک مستحب، مصلحت و یا نظم عمومی را به خطر اندازد، برای مجازات به تکرار نیاز نیست؛ خواه طرف‌دار کسانی باشیم که به مجازات عقیده دارند یا از نظر مخالف پیروی کنیم. زیرا در این حالت، مجازات "فعل" برای آن نیست که مکروه است یا امر مستحبی زیر پا گذاشته شده، بلکه به این دلیل است که مصلحت جامعه و انتظام آن را به هم می‌زند.

---

۱. غزالی، *المستصفی*، ج ۱، ص ۷۵ و ۷۶؛ آمدی، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، ص ۱۷۰ به بعد؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۱۸؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۰؛ *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۵۹ و ۲۶۰؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۷۱۲.

۲. *المستصفی*، ج ۱، ص ۷۶؛ *الاحکام فی اصول‌الاحکام* آمدی، ج ۱، ص ۱۷۳ و ۱۷۴.

۳. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۰.

۴. همان منبع، همان‌جا؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۳۱۲.

گفتار چهارم: چگونگی اجرای اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قوانین عرفی

۱۱۱. قوانین وضعی و اصل قانونی بودن جرم و مجازات: برای قوانین وضعی، اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات تا اواخر قرن هجدهم ناشناخته بود. زیرا این اصل مولود انقلاب فرانسه است، پیش از آن قضات در تعیین جرم و مجازات، خودرأی بودند و هر عملی را ممکن بود جرم بدانند؛ هرچند قبلاً در ممنوعیت آن موردی وجود نداشت و ممکن بود هر مجازاتی مشمول حکم قرار بگیرد، از قبل تصریح نشده بود و همین استبداد رأی و خودمختاری قضات، اولین انگیزه در اعلان اصل و عمل به آن به حساب می‌آید.[۱]

۱۱۲. در قوانین وضعی این اصل چگونه رعایت شده است؟ در قوانین وضعی، قاعده‌ی مزبور به شکل نخستین آن رعایت نمی‌شود. قانون فرانسه اولین قانونی بود که اصل مزبور را به رسمیت شناخت و اکثر قوانین وضعی دیگر، بر آن استناد کردند. در قانون فرانسه اجرای آن با شدت و دقت خاصی مورد توجه قرار گرفت و بر مبنای آن جرایم به دقت تعیین و برای هر جرمی کیفر خاص آن نیز پیش‌بینی شد. بر این پایه، قاضی حق نداشت از مجازات تعیین شده چیزی کم یا زیاد کند. وظیفه‌ی اساسی قاضی منحصر به این شد که اگر مجرمیت متهم برایش ثابت گردید او را محکوم و اگر اتهام ثابت نشد، او را تبرئه کند؛ بدون آن که اوضاع و احوال وقوع جرم و شخصیت متهم، در مجازات تأثیر داشته باشد. قوه‌ی مجریه نه حق عفو داشت و نه حق تخفیف مجازات، وظیفه‌اش منحصراً اجرای حکم بود؛ هر حکمی که ممکن بود.

مقنن فرانسوی ناچار شد از این نظام دست بردارد، ولی نه به این دلیل که بد و ناشایست بود بلکه بنابر آن که ابزار اجرایی آن ضعیف و ناتوان بود. در قانون فرانسه، "هیئت منصفه" پذیرفته شده است، اعضای این هیئت از افراد عادی جامعه هستند که بیشتر از عواطف خود پیروی می‌کنند تا از عقلشان و غالب اوقات بر بی‌گناهی متهمان نظر می‌دادند، آن هم نه به این دلیل که واقعاً بی‌گناه بودند، بلکه به دلیل ترس از مجازات شدیدی که قاضی در اعمال یا تخفیف آن هیچ دخل و تصرفی نداشت و قوه‌ی مجریه حق نداشت در مجازات، تخفیف داده یا اجرای آن را به شکل آسانی عملی سازد. لذا قانون‌گذار فرانسوی از این شیوه عدول و برای هر مجازات، حداقل و حداکثر، پیش‌بینی کرد و به قاضی اجازه داد که مجازات را از

---

۱. دکتر کامل مرسی و سعید مصطفی، شرح *قانون جزا*، ص ۱۰۱؛ علی بدوی، *قانون جنائی*، ص ۱۰۲؛ احمد صفوت، *قانون جنائی*، ص ۷۷.

میان این دو حد تعیین کند. هم‌چنان که برای بیشتر جرایم دو مجازات در نظر گرفته شده و به قاضی اجازه داد که متهم را به هر دو مجازات یا به یکی از آنها محکوم سازد.[۱]

اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از قانون فرانسه به دیگر قوانین وضعی راه یافته و تحت تأثیر تجربه و آزمایش و احتیاجات جامعه متحول شده است. قضات حق دارند مجازات را معلق سازند و قوه‌ی مجریه حق دارد مجازات را عفو و یا در آن تخفیف دهد. آزادی مشروط هم یکی از این تحولات است و این چنین بود که نظام مجازات غیرمعین به وجود آمد.

با این که اصل قانونی بودن جرم و مجازات این‌چنین متحول و دگرگون شده است، علمای حقوق عقیده دارند، کماکان از جایگاه خاص خود برخوردار است و این تحول، قانونی بودن مجازات را تا زمانی که خود، مبنای قانونی دارد و تا زمانی که قضات از اختیارات قانونی خود پا فراتر نمی‌گذارند، مخدوش نمی‌سازد.

تحولات به وجود آمده فقط در جهت مجازات بود و در بعد قانونی بودن جرم، اصل یادشده مدتی بسیار طولانی سالم و دست‌نخورده باقی ماند؛ تا این که در قرن بیستم، این اصل به طور کلی در معرض انتقاد و حمله‌ی بیشتر علمای حقوق از آن رو که دیگر پاسخ‌گوی ضرورت‌های اجتماعی نبود و سبب تضییع حقوق جامعه می‌گردید قرار گرفت. و دیگر این که، قوانین جزائی، همیشه واجد آن خصوصیتی نیستند که از اخلال در نظم جامعه و منافع آن جلوگیری کنند و مجرمان برای فرار از حکومت قوانین، ترفندهای زیادی به کار می‌گیرند و آن‌گاه با اقدامات خود، منافع اشخاص و جامعه را بازیچه قرار می‌دهند در حالی که از مجازات در امان هستند. زمانی که قوانین جدید، حکم به ممنوعیت اعمال منافی مصلحت عمومی می‌دهند، بزه‌کاران، شیوه‌های دیگری برای فرار از آنها پیدا می‌کنند و مجدداً دست به ارتکاب جرم می‌زنند و حال آن که از مجازات در امان هستند.

این انتقاد در جنبه‌های مختلف تأثیر عملی گذاشته است به طوری که برخی از دولت‌های بزرگ، هم در بعد قانونی‌بودن جرم و هم در بعد قانونی‌بودن مجازات، از اصل قانونی بودن جرم و مجازات پافراتر نهاده‌اند، مانند قانون مصوب ۱۹۳۵ آلمان، که به قاضی اختیار می‌دهد، چنانچه عملی را به زیان جامعه‌ی آلمان ببیند، بدون توجه به ماده‌ی قانونی مربوط، عمل را جرم تلقی و مجرم را مجازات کند. (مادّه‌ی ۲ قانون جزای آلمان). و مانند قانون ایتالیا که در بعضی از اوضاع و احوال، تعلیق مجازات را از حیث مدت تعلیق و چگونگی آن و

---

۱. دکتر کامل مرسی و سعید مصطفی، شرح *قانون مجازات*، ص ۱۰۲، علی بدوی، *قانون جنایی*، ص ۱۰۲ به بعد.

قانون مجازات را از حیث مدت تعلیق و چگونگی آن، در اختیار قاضی گذاشته است و قانون شوروی که در ۱۹۲۶ اصل قانونی بودن جرم و مجازات را رها کرده است. و مانند قانون دانمارک که مجازات هر فعلی را که شبیه عمل ممنوع باشد، مجاز می‌داند. از قانون انگلستان سخن نمی‌گوییم زیرا نظام و قواعد حاکم بر آن، مانند قواعدی است که حقوق اسلامی در تعزیرات اتخاذ کرده است. مسئله در اینجا خاتمه نمی‌یابد، بلکه علمای حقوق، در کنگره‌های عمومی، آن را مورد مناقشه قرار می‌دهند؛ تا مشخص شود ناتوانی "اصل قانونی بودن جرم و مجازات" در حمایت از مصالح عمومی تا کجا است و در این نکته تا چه میزان وحدت نظر وجود دارد؟

این مسئله در کنگره‌ی بین‌المللی چهارم بررسی قانون جزا در ۱۹۳۷ مطرح شد و کنگره به بقای آن اصل نظر داد.

امروزه علما و نویسندگان حقوق، از دو جهت از قاعده‌ی قانونی بودن جرم و مجازات عدول می‌کنند: از جهت جرم، می‌گویند کافی است که اعمال مجرمانه به شکل کلی بیان شوند و یک حکم قانونی چند حالت را در بر گیرد و مجرم نتواند از شمول این حکم کلی انعطاف‌پذیر، خارج شود و از حیث مجازات، تعیین حداکثر مجازات را کافی می‌دانند و تعیین حداقل آن را لازم نمی‌شمارند؛ تا قاضی در اعمال مجازات اقتدار گسترده‌ای داشته باشد و حتی برخی از علمای بزرگ حقوق جزا عقیده دارند که تعیین نوع و مقدار مجازات به عهده‌ی قاضی گذاشته شود؛ تا هدف از وضع مجازات، کاملاً محقق گردد.[۱]

۱۱۳. بررسی تطبیقی: از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست آمد که اصل قانونی بودن جرم و مجازات، هم مورد پذیرش اسلام است و هم قوانین عرفی. ولی تفاوت فیمابین به دلایل ذیل است:

اولاً ـ از حیث تاریخ اعلام آن اصل: حقوق اسلامی حداقل ۱۳ قرن پیش از آن که قوانین عرفی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را بشناسند، آن را اعلان کرده است. پس این قوانین را نمی‌توان در این زمینه نوآور دانست، بلکه آنها نظریه‌ای را اتخاذ کرده‌اند که از ابتکارات اسلام است.

ثانیاً ـ از حیث رعایت این اصل: کاربرد این اصل در حقوق اسلامی، برحسب نوع جرایمی که در آنها رعایت می‌شود، متفاوت است. در جرایم مهم که امنیت جامعه و نظم آن

---

۱. *الموسوعةالجنائیه*، ج ۵، ص ۵۵۲ به بعد؛ *قانون جنائی* علی بدوی، ص ۱۰۳؛ شرح *قانون جزا*، دکتر کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۱۰۲ تا ۱۰۴.

شدیداً مورد تهدید قرار می‌گیرد، رعایت این اصل با شدت عمل هم‌راه است. در جرایم کم‌اهمیت که به طور کلی عبارت‌اند از جرایم تعزیری، اسلام در کاربرد این اصل، در بعد کیفری، سخت‌گیری نشان نداده، و برای جرایم تعزیری، مجموعه‌ای از کیفرها را در نظر گرفته و قاضی را آزاد گذاشته است تا از میان آنها، کیفر مناسب را برگزینند. در جرایم تعزیری که برای حمایت از مصلحت عمومی وضع شده‌اند، رعایت این اصل در نسبت با جرم، چندان با دقت و سخت‌گیری هم‌راه نیست و فقط به وضع مقررات کلی اکتفا شده است، بنابر این، هر عملی که مصلحت و نظم عمومی را به خطر می‌اندازد، مشمول آن خواهد بود. پس حقوق اسلامی اصل قانونی بودن جرم و مجازات را به سه طریق به کار برده است: برای هر نوع از جرایم (حدود، قصاص و دیات، تعزیرات) شیوه‌ی خاص آن را در رعایت اصل مزبور مد نظر داشته که با مصلحت جامعه و افراد نیز تناسب دارد.

اما در قوانین وضعی نسبت به همه‌ی جرایم، آن اصل یکسان به کار رفته است و شاید همین مسئله، علت نتایج ناخوشایندی است که از رعایت آن به دست آمده است. در بدو امر، در قوانین وضعی، شیوه‌ی نخستین، که اسلام در جرایم مهم به کار برده است، نسبت به هر یک از جرایم قابل مجازات، اعمال شده است و همین کلیت در رعایت آن اصل باعث گردیده که هیئت منصفه و قضات، از محکومیت متهم به مجازات شدید در جرایم کم‌اهمیت بپرهیزند و در بیشتر پرونده‌ها متهمان را تبرئه کنند. پس از آن، در این قوانین، این شیوه رها شده و راه دوم که دست قاضی را در انتخاب مجازات و تعیین مقدار آن می‌بندد، برگزیده شده است، ولی استفاده از این شیوه به صورت فراگیر و عمومی، سبب افزایش روز به روز جرایم بزرگ گردیده است؛ زیرا با توجه به آنچه در مورد عمل‌کرد هیئت منصفه گفته شد، مجرمان را به کیفرهای ساده محکوم می‌ساختند. این شیوه هم اکنون در غالب قوانین وضعی اجرا می‌شود. البته برخی از آنها، مانند قوانین جزائی آلمان و دانمارک، در برخی از جرایم، شیوه‌ی دوم و سوم حقوق اسلامی را بنابر رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اتخاذ کرده‌اند.

بدون تردید حقوق اسلامی در به کارگیری این قاعده، از دقت و انعطاف‌پذیری بیشتری برخوردار است و در حمایت از امنیت و نظم جامعه و پاسخ‌گویی به نیازهای آن موفق‌تر از دیگر قوانین است. هم‌چنان که درمان قاطع عیوبی که از استعمال یکسان این قاعده ظاهر شده است نیز، در عمل به نظریه‌ی اسلام تصورپذیر است.

ثالثاً ـ از حیث تعیین جرم: حقوق اسلامی، در تعیین جرم مثل یک قاعده‌ی کلی، متن مورد نظر را کلی و انعطاف‌پذیر آورده است؛ به نحوی که هر یک از حالت‌های قابل تصور

مشمول آن شوند، و هیچ حالتی از حکم آن خارج نگردد. اسلام در جرایم حدود و قصاص و دیات، تا حدی از دایره‌ی این تعمیم[1] می‌کاهد ولی در دیگر جرایم، این تعمیم، در خود نص محدود می‌شود هم‌چنان که گناهان قابل تعزیر چنین‌اند. مانند: «ولاتجسسوا» که جرم تجسس را حرام می‌سازد. و مانند «احل الله البیع و حرم الربا» و «اوفوالکیل» و «لاتخونوالله و الرسول و تخونو أماناتکم» و در تعزیر برای مصلحت همگانی، تعمیم و انعطاف‌پذیری تا حدی است که عمل را نه ذاتاً، بلکه با توجه به وصف آن حرام می‌سازد؛ به نحوی که تا عمل، صورت خارجی نیابد، نمی‌توان گفت که جرم است یا جرم نیست. این ویژگی، در شایستگی شریعت برای هر زمان و مکان و استغنای آن از هر گونه تغییر و تبدیل تأثیر فراوان دارد.

اما در قوانین عرفی، اصل بر این است که "جرم" به صورت دقیق تعیین و ارکان اساسی آن که بدون آنها به وجود نمی‌آید، بیان شود. از این حیث، اعمالی که ممکن است تحت یک عنوان جزائی درآید، بسیار و محدود است و هر وضعیت تازه به تغییر مقررات احتیاج دارد و تقلب نسبت به قوانین و فرار از احکام آن آسان شده است. شاید این مسئله، علمای حقوق را بر آن داشته است که به فکر مقررات جزائی عام و انعطاف‌پذیری باشند که هر حالتی را در برگیرد. پس آنچه امروزه دانشمندان حقوق می‌گویند همان است که اسلام بر آن استوار است.

رابعاً ـ از حیث تعیین کیفر: قاعده‌ی کلی در شرع بر این است که مجازات هر جرمی به نحوی تعیین شود که هرگونه تردید و شبهه‌ای را از میان بردارد و قاضی نتواند از ناحیه‌ی خود مجازات جدید خلق کند. حقوق اسلامی، میان جرایمی که امنیت و نظام جامعه را، سخت در معرض تهدید و خطر قرار می‌دهد با سایر جرایم تفاوت گذاشته است. قسم اوّل عبارت‌اند از حدود و قصاص و دیات و قسم دوم عبارت است از جرایم تعزیر با انواعش. در قسم اوّل هر جرم، مجازات یا مجازات‌های معینی دارد و قاضی در وضع آنها هیچ اختیاری ندارد، و وقتی برایش ثابت شد که متهم، مرتکب بزه شده است، ملزم است او را به تحمل مجازات آن محکوم کند. اما در قسم دوم، مجموعه‌ای از مجازات تعیین شده است و قاضی مختار است که مجازات مناسب و یا حتی بیش از یک مجازات را انتخاب کند، هم‌چنان که

---

۱. هرچند کاهش تعمیم، در ظاهر نصوص نیست از دیگر نصوصی که راجع به مجازات است مستفاد می‌گردد، مثلاً حکم سرقت عام و کلی است ولی دایره‌ی آن با قیودی که پیامبر پیش‌بینی کرده است مانند اشتراط حرز و این که میوه نباید معلق و آویزان باشد و از این قبیل، محدود گشته است.

اگر مجازات واجد حداقل و حداکثر باشد، تعیین میزان آن نیز به عهده‌ی اوست. هم‌چنین تعلیق مجازات و صدور اجرای آن به نحوی که نسبت به جرم و اوضاع و احوال جرم متناسب باشد در اختیار او قرار دارد.

اما در قوانین وضعی، برای هر جرمی، مجازات واحدی در نظر گرفته شده است که غالباً دارای حداقل و حداکثر است؛ یا برای آن، دو مجازات حداقل و حداکثری پیش‌بینی می‌کند. قاضی حق دارد برای هر دو کیفر یا یکی از آنها حکم صادر کند. و میزان آن را بین حداقل و حداکثر تعیین کند و با شرایط معینی، اجرای مجازات را معلق سازد؛ یا آن را اجرا کند. در بسیاری از جرایم، در این قوانین اجازه داده شده است که مجازات از حد معینی پایین‌تر آید، هم‌چنان که تعلیق آن را نیز جایز نمی‌دانند، این وضعیت، بیشتر در جرایم با اهمیت پیش‌بینی شده است. از این مطالب چنین مستفاد می‌گردد که اقتدار قاضی در حقوق اسلامی بیشتر از اقتدار او در قوانین وضعی است. قاضی عرفی مقید است، همان مجازاتی را مورد حکم قرار دهد که قانون تعیین کرده است؛ یا اگر حق انتخاب داشته باشد، یکی از دو مجازات را برگزیند و غالب اوقات حق ندارد از تعیین حدّ معینی از کیفر پایین‌تر آید و یا دستور تعلیق حکم را صادر کند و در نتیجه، فاقد اقتدار لازم است تا با استفاده از آن درصدد درمان مجرم و جرم، به نحوی که مصلحت عمومی را تضمین کند، درآید. غالب حقوق‌دانان بزرگ نظر داده‌اند که درمان این حالت، زمانی مقدور است که قاضی در اختیار نوع و میزان مجازات آزاد باشد، و این عمل در صورتی امکان دارد که مجموعه‌ای از مجازات‌ها وضع و تصویب شوند. اگر این رأی که دانشمندان بزرگ حقوق طرف‌دار آن هستند، عملی شود، موضع قانون در این جهت، مانند موضع حقوق اسلامی درباره‌ی جرایم تعزیر و کیفر آنها خواهد بود. و هم‌چنین موضع قانون وضعی در مواردی که قاضی حق تعلیق مجازات را ندارد؛ یا نمی‌تواند پایین‌تر از حد معینی را مورد حکم قرار دهد و یا فقط حق دارد برای یک یا هر دو مجازات حکم صادر کند، نشان می‌دهد که در این زمینه، از اصل و قاعده‌ی مورد قبول اسلام در خصوص جرایم حدود و قصاص و دیات، تبعیت کرده است.

امروزه فقط در برخی از حالت‌ها قوانین وضعی با حقوق اسلامی مغایر است. با توجه به این که تا اواخر قرن ۱۸ مغایرت در تمام موارد بود، این امر اهمیت چندانی ندارد، بلکه مهم آن است که بدانیم، قوانین پس از گذشت زمان طولانی، اینک با تأثیرپذیری از حقوق اسلامی تدوین می‌شود و، نظریات آن مورد توجه و عمل قرار می‌گیرد. آنچه علمای حقوق در صدد تحقق آن هستند، همان است که اسلام اتخاذ کرده و به آن استوار گردیده است. این نکته برای کسانی که تذکارپذیرند، یادآوری معناداری است.

مبحث دوم: ادلّه‌ی احکام شرعی یا منابع مقررات جزائی

۱۱۴. منابع حقوق اسلامی به طور کلی: بنابر نظر اتفاقی فقهای اهل سنت، منابع احکام عبارت‌اند از:

۱ـ قرآن کریم؛
۲ـ سنت پیامبر؛
۳ـ اجماع؛
۴ـ قیاس.

تعبیر فقها این است که منابع مزبور ادله‌ی استنباط و استخراج احکام هستند. و هم‌چنین اتفاق نظر دارند که اگر هر یک از دلایل چهارگانه، به حکمی دلالت کند آن حکم واجب‌الاتباع است.

فقها با ارجاع بر این منابع و استناد به آنها، به ترتیبی بحث و عمل می‌کنند که بتوان از آنها حکم استخراج کرد و به همین دلیل بر منابع چهارگانه‌ی ۱ـ قرآن، ۲ـ سنت ۳ـ اجماع و ۴ـقیاس به ترتیب اهمیتشان تکیه می‌کنند. در صورتی‌که حکم واقعه‌ای در قرآن یافت نشود به قیاس رجوع می‌شود.

منابع دیگری هم هست که نظریات گوناگونی از آنها استخراج می‌شود، گروهی آنها را از منابع قانون‌گذاری محسوب می‌کنند و احکامشان را لازم‌الاتباع می‌دانند و بالعکس، برخی معتقدند که نمی‌شود بر آنها اتکا کرد. این منابع عبارت‌اند از: استحسان؛ استحصاب؛ مصالح مرسله؛ عرف؛ آیین و شریعت پیشینیان؛ مذهب و عمل صحابه.

۱۱۵. منابع حقوق جزای اسلامی: این منابع نیز به طور کلی همان‌هایی است که ذکر شد با یادآوری این نکته که برخی از آنها میان فقها اتفاقی و بعضی مورد اختلاف است.

اما منابع حقوق جزای اسلامی درباره‌ی جرایم و مجازات‌ها فقط بر منابع چهارگانه استوار است و سه مورد آنها اتفاقی است که عبارت‌اند از: ۱ـ قرآن؛ ۲ـ سنت؛ ۳ـ اجماع؛ و منبع چهارم قیاس است که فقها درباره‌ی آن اختلاف نظر دارند، برخی آن را منبع قانون‌گذاری جزائی می‌دانند و گروهی دیگر در این زمینه، آن را دلیل محسوب نمی‌دارند.

لازم است که تفاوت مهم موجود میان قرآن و سنت از یک‌طرف و منابع دیگر از طرف مقابل مورد توجه قرار گیرد. قرآن و سنت اساس اسلام هستند و مقررات احکام را بیان کرده‌اند. اما منابع دیگر فاقد این ویژگی هستند که سبب طرح مبانی و احکام جدید شرعی

باشند بلکه آنها منابعی برای استدلال و استنباط احکام فرعی، از قرآن و سنت، به حساب می‌آیند و ممکن نیست چیزی برخلاف آنها بگویند. زیرا خود از قرآن و سنت نشئت می‌گیرند.

گفتار اول: قرآن

۱۱۶. قرآن: قرآن کتاب آسمانی است که بر سینه‌ی حضرت محمد صلی الله علیه و آله و سلم نازل گشت که با سوره‌ی "حمد" آغاز می‌شود و با سوره‌ی "ناس" پایان می‌یابد.

۱۱۷. آیات قرآن قطعی‌الصدور هستند: قرآن کریم، مکتوباً و شفاهاً به صورت متواتر به دست ما رسیده است، و تواتر، مفید قطع و یقین است. لذا گفته می‌شود آیات قرآن قطعی‌الورودند؛ یعنی قطعاً از سینه و زبان پیامبر (ص) به طریق تواتر به ما رسیده است و "نقل به تواتر" مفید قطع و یقین است. عده‌ای از کتّاب وحی "قرآن را از زبان پیامبر نوشته‌اند و گروهی از صحابه" آن را حفظ کرده‌اند و ممکن نیست به امر دروغی اجتماع کرده باشند، و از این گروه، عده‌ی دیگری آن را نقل کرده‌اند و به‌رغم تفاوت شهرها و بعد مکان‌ها و تفاوت در جنس‌ها، حتی در یک لفظ و یا یک حرف هم اختلاف به وجود نیامده است.

۱۱۸. برخی از آیات قرآن قطعی‌الدلاله و بعضی ظنی‌الدلاله هستند: با آن که آیات قرآن قطعی‌الصدورند؛ یعنی قطعاً از جانب خداوند نازل گشته‌اند، دلالت آنها بر معانی، گاهی قطعی و برخی "ظنی" است. اگر در دلالت یک آیه بر معنای خود، هیچ گونه احتمال تأولی موجود نباشد، دلالتش قطعی است، مانند این آیه «والذین یرمون المحصنات ثم لم یأتوا باربعه شهداء فاجلدوهم ثمانین جلده و لا تقبلوهم شهادة ابداً» که دلالت "هشتاد" بر تعداد، و "ابد" بر جاودانگی و همیشگی، قطعی است. ولی اگر در دلالت آیه بر معنایش، احتمال تأویل موجود باشد در این صورت دلالت ظنی است، مانند این آیه که می‌فرماید: «والمطلقات یتربصن با نفسهن ثلاثه قروء» لفظ "قرء" گاه به معنای "حیض" و زمانی به معنای پاک‌شدن از حیض "طهر" است. و از این رو گفته می‌شود که دلالت آن بر معنایش، ظنی است، چون امکان استفاده‌ی دو معنی و مقصود از آن می‌رود.

۱۱۹. حجیت احکام قرآن: مسلمانان، در این که قرآن از جانب خداوند و اطاعت آن واجب است اختلاف ندارند. پس قرآن بر هر مرد و زن مسلمان حجیت دارد و احکام آن از هر نوع که باشد واجب الاتباع است.

۱۲۰. قرآن برای تضمین سعادت بشر در دنیا و آخرت نازل شده است: احکام قرآن بر دو نوع است: نوع اوّل احکامی است که مقصود از آنها برپاداشتن دین است و عبادات و عقاید را در بر می‌گیرد و نوع دوم احکامی که مقصود از آنها تنظیم امور حکومتی و اداره‌ی جامعه و روابط مردم با یکدیگر است که شامل، احکام راجع به دادو ستدها و مجازات‌ها و احوال شخصیه و مقررات دولتی است.

احکام قرآن به‌رغم گوناگونی و تعدد، به قصد سعادت بشر در دنیا و آخرت، نازل گشته است و لذا هر عمل دنیوی یک وجه اخروی هم دارد؛ مثلاً یک عمل عبادی یا حقوقی و کیفری و یک دستور یا امر حکومتی، به تبع خود اثری دنیوی دارد که عبارت است از ادای واجب؛ نقل مالکیت؛ انشای حق یا زوال آن؛ اعمال مجازات یا بیان مسئولیت و... ، این عمل اثر اخروی هم دارد که عبارت است از پاداش یا کیفر روز قیامت.

هدف شریعت، تأمین سعادت دنیا و آخرت بشر است و ایجاب می‌کند که اسلام، پیکر واحد غیرقابل تجزیه و یا مجموعه‌ی انفکاک‌ناپذیری تلقی شود، زیرا قبول و عمل به بخشی از آن و رها کردن قسمتی دیگر، به تحقق هدف شریعت منتهی نمی‌گردد. و دیگر آن که در روی زمین، آیین و مذهبی، هم‌تراز با اسلام وجود ندارد و لذا شایسته نیست که در این مسئله، اسلام با دین دیگری مقایسه شود.

هر کس در آیات‌الاحکام "قرآن" تتبع و بررسی کند خواهد دید که هر حکمی دو پاداش دارد: پاداش دنیوی و پاداش اخروی. قرآن کریم قتل را حرام دانسته و می‌فرماید: «ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق...» (اسراء، ۳۳) و برای آن، دو کیفر پیش‌بینی کرده است، کیفر دنیوی و کیفر اخروی. کیفر دنیایی آن، قصاص و کیفر اخروی آن، "عذاب الیم" است خداوند می‌فرماید: «یا ایهاالذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی: الحر بالحرّ والعبد بالعبد، و الأُنثی بالأُنثی، فَمَنْ عُفی له من اخیه شیءٌ فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان، ذلک تخفیف من ربکم و رحمة فمن اعتدی بعد ذلک فله عذاب الیم» (بقره، ۱۷۸) عذاب الیم همان عذاب اخروی است و آیه‌ی ۹۳ سوره‌ی نساء آن را تأیید می‌کند: «ومن یقتل مؤمناً متعمداً فجزائه جهنم خالداً فیها و غضب‌الله علیه و لعنه و اعدّله عذاباً عظیماً» و نیز تأیید می‌کند که قصاص، مجازات دنیایی آن است.

کیفر قطع طریق یا محاربه، قتل و قطع و دار آویختن و نفی بلد است که کیفر دنیوی است و "عذاب بزرگ" که عقوبت اخروی است. خداوند می‌فرماید: «انما جزاأ الذین یحاربون‌الله و رسوله، و یسعون فی‌الارض فساداً، ان یقتلوا، اویصلبوا، اوتقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف، اویُنْفوا من‌الارض، ذلک لَهُم خزی فی‌الدنیا و لهم فی‌الاخرة عذاب عظیم» (مائده، ۳۳).

مجازات سارق در دنیا، قطع دست و در آخرت، "عذاب" است. خداوند می‌فرماید: «والسارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما جزائاً بما کسبا نکالا من الله و الله عزیز حکیم فمن تاب من بعد ظلمه و اصلح فان‌الله یتوب علیه ان‌الله غفور رحیم» (مائده، ۳۸ و ۳۹). مقصود از توبه، توبه‌ی پس از تحمل مجازات دنیوی است. و این عمل از کسی قابل تصور است که مسئولیت اخروی داشته باشد.

اشاعه‌ی فحشا و انتساب عمل زنا به زنان پاک‌دامن مجازات دنیوی و اخروی دارد. خداوند می‌فرماید: «آنان که دوست می‌دارند در میان اهل ایمان کار منکری را اشاعه و شهرت دهند، آنها را در دنیا و آخرت عذاب دردناک خواهد بود» (نور، ۱۹) و «کسانی که به زنان پاک‌دامن بی‌خبر از کار بد، تهمت می‌زنند محققاً در دنیا و آخرت ملعون هستند و هم آنان به عذاب سخت معذب خواهند شد، بترسند از روزی که زبان و دست و پایشان بر اعمال ناشایسته‌ی آنها گواهی خواهد داد، که در آن روز، خدا حساب و کیفر آنها را تمام و کمال خواهد پرداخت و خواهند دانست که خدا حق است و آشکارکننده‌ی پنهانی‌ها» (نور، ۲۳ تا ۲۵).

و زنا نیز دو کیفر دارد: کیفر دنیوی و کیفر اخروی. خداوند می‌فرماید: «هر یک از زنان و مردان زناکار را به صد تازیانه مجازات کنید» (نور، ۲) و «آنان که با خدای یکتا کسی را شریک نمی‌خوانند و نفس محترمی را که خدا حرام کرده به قتل نمی‌رسانند و هرگز عمل زنا نمی‌کنند هر که این عمل را مرتکب شود، کیفرش را خواهد دید، و عذابش در قیامت مضاعف شود و با ذلت و خواری به دوزخ مخلد گردد، مگر آن کسانی که از گناه توبه کنند و با ایمان به خدا عمل صالح به جای آرند، پس خدا، گناهان او را بدل به ثواب گرداند، خداوند در حق بندگان بسیار آمرزنده و مهربان است» (فرقان، ۶۸ تا ۷۰).

خوردن مال یتیمان در دنیا و آخرت کیفر دارد. خداوند می‌فرماید: «اموال یتیمان را به آنان بدهید. و ناپاک را به پاکیزه نیامیزید. و مال آنان را هم‌راه مال‌های خودتان نخورید که این کارگناه بزرگی است» و «کسانی که اموال یتیمان را از روی ستم می‌خورند مثل آن است که آتش را در شکم‌های خود قرار می‌دهند و به‌زودی در آتش جهنم آویخته می‌شوند» (نساء، ۲ و ۱۰).

رباخواری هم یک مجازات دنیوی و یک مجازات اخروی دارد. خداوند می‌فرماید: «کسانی که رباخوارند از قبرها برنخیزند مگر آن که با وسوسه و فریب شیطانی مخبط و دیوانه شده‌اند زیرا آنان می‌گویند هیچ فرقی میان معامله‌ی تجارت و ربا نیست و حال آن که خداوند تجارت را حلال کرده و ربا را حرام، پس هر کس، پس از پند و اندرز از این عمل

دست کشد خدا از گذشته‌ی او درگذرد و عاقبت کار او با خدای مهربان باشد و کسانی که از این کار دست نکشند اهل جهنم‌اند و در آن جاوید معذب خواهند بود» (بقره، ۲۷۵).

تعطیل کردن مساجد، هم مجازات اخروی دارد و هم مجازات دنیوی. خداوند می‌فرماید «و کیست ستمکارتر از کسی که مردم را در مساجد از ذکر نام خدا باز دارد و در خرابی آن بکوشد، چنین گروه، در مساجد مسلمانان در نیایند جز آن که بر خود ترسا باشند. این گروه را در دنیا ذلت و خواری نصیب است و در آخرت عذابی بسیار سخت» (بقره، ۱۱۴).

فرار از حمله و تهاجم دشمن نیز دو مجازات دارد. خداوند می‌فرماید: «ای اهل ایمان هرگاه با تعرض و تهاجم کافران در میدان کارزار مواجه شوید، مبادا از بیم آنها، پشت کرده از جنگ بگریزید و هر که در روز جنگ، پشت به آنها کرد و بگریخت به طرف خشم خدا روی آورده، جایگاهش در دوزخ که بدترین منزل است خواهد بود مگر آن که از میمنه به میسره و یا از قلب به جناح، برای مصالح جنگی حرکت کند و یا از فرقه‌ای به یاری فرقه‌ای دیگر بشتابد» (انفال، ۱۵ و ۱۶).

مرتد، هم عذاب دنیوی دارد و هم عذاب اخروی. خداوند می‌فرماید: «پس هر که از شما از دین خود برگردد و در حال کفر باشد تا بمیرد، اعمال چنین اشخاص دردنیا و آخرت ضایع و آنان اهل جهنم‌اند و در آن همیشه معذب خواهند بود» (بقره، ۲۱۷).

به روشنی در می‌یابیم که هیچ حکمی نیست که علاوه بر مجازات دنیوی، از سوی خداوند برای آن مجازات اخروی در نظر گرفته نشده باشد. و اگر با موردی هم برخورد شود، شامل حکم کلی زیر خواهد بود: «آیا آن کس که به خدا ایمان آورده، مانند کسی است که کافر بوده است؟ هرگز مؤمن و کافر یکسان نخواهند بود اما آنان که نیکوکار بودند به پاداش اعمال صالح خود، منزلگاه پرنعمت در بهشت ابدی یابند و اما آنان که سر از طاعت حق کشیده فاسق شدند، منزلگاهشان در آتش دوزخ است و هرچه کوشند و خواهند که از آن آتش بیرون آیند به دوزخ برگردانیده شده و گویند عذاب آتشی را که تکذیب کردید اینک بچشید» (سجده، ۱۸ تا ۲۰). و «هر کس از خدا و رسول اطاعت کند به بهشت‌هایی درآورند که در زیر درختان آن نهرهایی جاری است و آنجا منزل ابدی مطیعان خواهد بود و این است پیروزی و سعادت عظیم و هرکه نافرمانی خدا و رسول کند و از حدود احکام خدا پا فراتر نهد، او را به آتشی در افکند که همیشه در آن معذب است و همواره در عذاب خواری و ذلت خواهد بود» (نساء، ۱۳ و ۱۴). قرآن، آیات فراوانی در این زمینه دارد و به آنچه ذکر شد بسنده می‌شود.

چنین نیست که احکام اسلام بیهوده و عبث وضع شده باشد بلکه سعادت دنیوی و

اخروی بشر و نیز منطق اسلام آن را اقتضا می‌کند. در اصل دنیا، از دیدگاه اسلام، منزلگه آزمایش و آخرت سرای جاوید و پاداش است. انسان در این دنیا در مقابل اعمالش مسئول است و بازاء آنها، در آخرت پاداش و یا کیفر می‌بیند اگر کاری نیکو انجام دهد، از پی‌آمدهای خیر و پربرکت آن بهره‌مند خواهد شد و اگر دست به کار ناشایست بزند، باز هم خسران و عقاب در انتظارش خواهد بود. بار دیگر می‌گوییم که کیفر دنیوی از مجازات اخروی مانع نمی‌شود مگر آن‌که انسان توبه کرده به سوی خالق مهربان بازگردد.

۱۲۱. احکام اسلام تجزیه‌پذیر نیستند: احکام اسلام تجزیه و جدایی نمی‌پذیرند، البته نه به این دلیل که اگر چنین باشد، از هدف و مقصود خود دور می‌ماند، بلکه بدان سبب که خود این احکام، مانع می‌شوند که به برخی عمل شود برخی دیگر کان لم یکن باقی بماند، هم‌چنان که ایمان به بعضی و کفر به برخی دیگر را ممنوع می‌داند. واجب است که به تمامی احکام عمل شود و نسبت به همه‌ی آنچه شریعت متضمن آن است، ایمان تام و کامل برقرار باشد. هرکس چنین ایمانی ندارد، از مصادیق این حکم است: «چرا به برخی از احکام ایمان آورده به بعضی دیگر کافر می‌شوید پس جزای چنین مردم بدکار چیست؟ جز ذلت و خواری در زندگی این دنیا و سخت‌ترین عذاب در روز قیامت» (بقره، ۸۵).

آیاتی که عمل به بعضی از احکام اسلام و رها کردن بعضی دیگر را حرام دانسته‌اند زیادند از آن جمله: «آن گروه که آیات واضحه‌ای را که برای راه‌نمایی خلق فرستادیم کتمان کرده بعد از آن که برای هدایت مردم در کتاب بیان کردیم پنهان داشتند، آنها را خدا و تمام جن و انس و ملایک لعن می‌کنند، مگر آنان که توبه کردند و به اصلاح مفاسد اعمال خود پرداختند و برای مردم آنچه را کتمان می‌کردند بیان کردند پس توبه‌ی این گروه را می‌پذیریم که منم توبه‌پذیر گنهکاران و مهربان به خلق» (بقره، ۱۵۹ تا ۱۶۰) و «آنان که پنهان داشتند آیاتی از کتاب آسمانی را و آن را به بهای اندکی فروختند جز آتش دوزخ نصیب آنان نباشد و در قیامت، خدا با آنان سخن نگوید و از پلیدی عصیان پاک گرداند و هم آنان را در قیامت عذاب دردناک خواهد بود آنها همان گروهی هستند که ضلالت و گم‌راهی را به جای لطف و هدایت و عذاب خدا را به جای آمرزش و رحمت اختیار کردند، چه چیز آنان را بر تحمل آتش، سخت جان و پرطاقت کرده است؟» (بقره، ۱۷۴ و ۱۷۵) و «آیا کافران دینی غیر دین خدا می‌طلبند و حال آن که هر که در آسمان‌ها و زمین است خواه و ناخواه فرمان‌بردار خداست و همه به سوی او باز خواهند گشت» و «هرکس دینی غیر از اسلام اختیار کند هرگز از وی پذیرفته نیست و چنین کسی در آخرت از زیان‌کاران است». (آل عمران، ۸۳ و ۸۵) و

«و چون خداوند از کسانی که کتاب آسمانی به آنها داده شد پیمان گرفته است که حقایق آن را بر مردم بیان کنید و کتمان آن نکنید و آنها عهد خدا را پشت سر انداخته آیات الهی را به بهای اندک فروختند چه بد معامله کردند» (آل‌عمران، ۱۸۷) و «ای پیامبر غمگین مباش که گروهی از آنان که به زبان اظهار ایمان کنند و به دل ایمان نیاورند به سوی کفر می‌شتابند و نیز غمگین مباش از کسانی که سخن حق تو را می‌شوند و به جای آن، سخنان فتنه‌انگیز به آن قومی که نزد تو نمی‌آیند می‌رسانند، اینان سخنان حق را از جایگاه خود تغییر می‌دهند و گویند حکم قرآن را این‌گونه ـ که ما می‌گوییم ـ آورده شد، بپذیرید و الا دوری گزینید. و هر کس را خدا به آزمایش و رسوایی افکند هرگز تو آنها را نتوانی رهانید، آنها کسانی هستند که خدا نخواسته دل‌هاشان را پاک گرداند. آنان را در دنیا ذلت و خواری نصیب است و در آخرت عذاب بزرگ مهیاست» و «از هیچ‌کس نترسید، از من بترسید و آیات مرا به ثَمَن اندک نفروشید که هرکس برخلاف آنچه خدا فرمود حکم کند از کافران خواهد بود» (مائده، ۴۱ و ۴۴) و «آنان که به خدا و پیامبران او کافر شوند و خواهند که میان خدا و پیامبرانش جدایی اندازند و گویند که ما به برخی از گفتار انبیا گرویده و به پاره‌ای دیگر کافر شویم و خواهند که میان کفر و ایمان راهی اختیار کنند. به حقیقت کافر هم این‌هایند و ما برای کافران عذابی خوارکننده مهیا داشته‌ایم» (نساء، ۱۵۰ و ۱۵۱) و «این کتاب را بر تو به حق فرستادیم که به راستی و درستی همه‌ی کتب که در برابر اوست تصدیق کرده و به حقیقت کتب آسمانی پیشین گواهی دهد و در اثر پیروی از خواهش‌های ایشان حکم حقی که نزد تو آمده است وامگذار، ما برای هر قومی شریعت و روشی مقرر داشتیم و اگر خدا می‌خواست همه را یک امت می‌گردانید و لکن این نکرد تا شما را به احکامی که درکتاب خود فرستاده بیازماید پس به کارهای نیک پیشی گیرید که بازگشت همه‌ی شما به سوی خداست و در آنچه اختلاف دارید شما را به آن آگاه خواهد ساخت. و تو بدانچه خدا فرستاده میان مردم حکم کن و پیرو خواهش‌های آنان مباش و بیندیش که مبادا تو را فریب دهند و در بعضی احکام که خدا برای تو فرستاده تقاضای تغییر کنند، پس هرگاه از حکم خدا روی برگردانیدند، بدان که خدای به عقوبت بعضی گناهانشان گرفتار می‌سازد و همانا بسیاری از مردم فاسق و بدکارند. آیا با وجود این، باز تقاضای تجدید آیین و حکم جاهلیت دارند؟ و کدام حکم از حکم خدا برای اهل یقین نیکوتر خواهد بود؟» (مائده، ۴۸ تا ۵۰).

«ای پیامبر آنچه از خدا بر تو نازل شد به خلق برسان که اگر نرسانی تبلیغ رسالت و ادای وظیفه نکرده‌ای و خدا تو را از آزار مردم نگاه خواهد داشت که خدا کافران را هدایت نمی‌کند. با اهل کتاب بگو شما ارزش ندارید تا آن که به دستور تورات و انجیل و قرآنی که به

شما از جانب خدا فرستاده شده قیام کنید. و همانا قرآنی که به شما نازل شده بر کفر و سرکشی بسیاری از آنان خواهد افزود. تو به حال گروه کافران تأسف مخور.» (مائده، ۶۷و ۶۸).

و «ما رسول نفرستادیم مگر به این مقصود که خلق به امر خدا اطاعت او کنند. و اگر آنهایی که برخود ظلم و ستم کردند بر تو پناه آرند که بر آنها استغفار کنی و از خدا آمرزش خواهی البته در این حال خدا را توبه‌پذیر و مهربان می‌یابند». «نه چنین است قسم به خدای تو که اینان به حقیقت اهل ایمان نمی‌شوند مگر آن که در خصومت و نزاعشان تنها تو را حاکم کنند و آن گاه به هر حکمی که نظر دهی هیچ‌گونه اعتراضی در دل نداشته کاملاً از دل و جان تسلیم فرمان تو باشند» (نساء، ۶۴و ۶۵).

۱۲۲. امتیازات اسلام: حقوق اسلامی نسبت به قوانین وضعی امتیازات بزرگی دارد. از این رو که احکام آن برای دنیا و آخرت بشر وضع شده است. و این یگانه عاملی است که پیروان دین و شریعت مقدس، در پنهان و آشکار، در شادی و اندوه، و در همه حال از آن اطاعت می‌کنند و سر بر فرمان آن دارند. زیرا ایمان آورده‌اند که اطاعت از فرامین اسلام، نوعی عبادت است که آنها را به خداوند نزدیک می‌سازد و در مقابل آن پاداش نیک می‌یابند و اگر کسی از آنها قادر شود که دست به ارتکاب جرمی بزند و از مجازات بگریزد به سبب ترس از عذاب اخروی و خشم خداوند، از ارتکاب آن دست خواهد کشید.

اسلام پیروان خود را ملزم می‌سازد تا به اخلاق برتر و فاضله آراسته شوند و چنین کسی به ندرت دست به ارتکاب جرم می‌زند و گذشته از آن، می‌دانند که خداوند مراقب آنهاست و از اعمالشان مطلع است و اگر بتوانند به دور از چشم مردم دست به عمل خلافی بزنند، از دید خداوند که همیشه با آنان است پنهان نمی‌ماند. این عوامل باعث می‌شود، جرایم کاهش یابد و نیز امنیت و نظم جامعه و منافع عموم حفظ شود. اما کیفیت و شکل قوانین وضعی چنین نیست. زیرا خصوصیتی ندارند که مردم را به احترام و رعایت آن وادار سازد، و عامه، در حدی آن را رعایت می‌کنند که تحت تعقیب قرار نگیرند (به اصطلاح دم به تله ندهند) و اگر کسی بتواند به ارتکاب بزهی دست یازد و در عین حال از تعقیب قانون مصون بماند؛ چیزی نیست (اعم از اخلاق و یا دین) تا جلودارش باشد و از این رو روزبه‌روز در کشورهای تحت حکومت قانون عرفی، جرایم بیشتر می‌شود و اخلاق، رو به انحطاط می‌گذارد و در میان طبقات متمول، به‌علت رشد فساد اخلاقی و به این سبب که این طبقه بهتر می‌توانند از قانون فرار کنند، ارتکاب جرم افزایش می‌یابد.

اسلام از پیروانش می‌خواهد که این دین حنیف را به عنوان موهبتی از سوی خداوند و

صالح‌ترین و عادل‌ترین سیستم حکومتی بپذیرند و از این رو مسلمانان به نظام و سیستم دیگری رو نمی‌آورند. تقریباً هیچ مسلمانی را نمی‌توان یافت که به دیگر نظامات و سیستم‌های فکری مخالف با اسلام مانند مارکسیسم و غیره مایل و از آن راضی باشد. و حال آن که سیستم‌های واضع حقوق عرفی، نظام‌های فکری و اجتماعی را با مصلحت مادی سهل‌الوصول می‌سنجند و به هر نظام جدیدی روی می‌آورند و درصدد بر می‌آیند، هر آنچه را از نظام و سیستم خودشان بهتر باشد یا به آنها مال و جاه و قدرت دهد، برگزینند و لذا هیچ وقت بر پایه و نظامی، استوار و پابرجا نیستند.

اسلام با درآمیختن احکام دنیا و دین و ایمان مسلمانان به آنها، جاودانگی و ثبات‌خود را تضمین کرده و در پیروان خود، روح طاعت و فرمان‌بری را برانگیخته است و از آنان خواسته است تا آراسته به اخلاق حسنه شوند. خداوند در اسلام، توانایی و اقتدار از منع وقوع بزه را به ودیعت نهاده است. این برتری و توان در هیچ حکم و قانونی عرفی، هرچند که به زیباترین وجه تصویب و اجرا گردد، یافت نمی‌شود.

گفتار دوم: سنت

۱۲۳. تعریف سنت: آنچه از پیامبر اسلام (ص)، از قول و فعل و یا تقریر مانده است سنت نامیده می‌شود. پس سنت بر سه نوع است: سنت گفتاری، سنت کرداری و سنت امضایی.

اولاً ـ سنت گفتاری: سنت قولی عبارت از احادیثی است که حضرت محمد (ص) به مناسبت‌های مختلف فرموده است، مانند «کشتن مسلمانان جایز نیست مگر در سه مورد: ارتداد؛ زنای محصن؛ قتل عمد» و یا «اولیای دم میان دو امر نیک مخیّرند: اگر دوست داشته باشند قاتل را می‌کشند، و اگر مایل باشند از او، دیه می‌گیرند». و درباره زنای غیرمحصن می‌فرماید: «اگر مرد بی‌زن با زن بی‌شوهر زنا کند به هر کدام صد تازیانه بزنید و یک سال تبعیدشان کنید». و یا «سرقت میوه‌ی چیده نشده موجب قطع دست نیست و هم‌چنین حیوانی که درکوه نگهداری می‌شود. پس اگر مالک، آنها را در آغل یا خرمن بیاورد، چنانچه معادل قیمت یک سپر به سرقت روند، دست سارق بریده می‌شود». و «کسی که خمر نوشید تازیانه بزنید، اگر باز هم خورد، باز هم تازیانه بزنید».

ثانیاً ـ سنت فعلی: مراد از سنت کرداری عمل‌کرد پیامبر (ص) در قضایای رخ داده است، مثلاً، ایشان پس از اقرار زانی به ارتکاب زنا، حکم مجازات صادر کرد. در سرقت، دست راست سارق را قطع و در اختلافات مالی با یک نفر شاهد و سوگند مدعی داوری کرد.

ثالثاً ـ سنت امضایی: مقصود اعمال و یا گفتاری است که در نزد حضرت رسول (ص) از صحابه سرزده است و ایشان با سکوت و یا عدم مخالفت، و یا با موافقت و اظهار خوشحالی، آن را امضا کرده است، مثلاً حضرت محمد (ص) زمانی که "معاذ" را به "یمن" اعزام می‌فرمود سؤال کرد: «چگونه قضاوت خواهی کرد؟» جواب داد: «با کتاب خدا، اگر در آن چیزی نیافتم، با سنت رسول خدا، و اگر در سنت هم نیافتم به استنباط خودم عمل می‌کنم». پیامبر او را تأیید کرد و گفت: «سپاس خدایی را که فرستاده‌ی رسول خدا را به چیزی توفیق داده است که رسول خدا بدان راضی است».

۱۲۴. جایگاه سنت نسبت به قرآن: قرآن کریم منبع و پایه‌ی تشریع اسلامی است و سنت دومین منبع و یک درجه‌ی پایین‌تر از قرآن است. احکام سنت از نظر تشریعی یکی از حالت‌های سه‌گانه‌ی ذیل را داراست:

اول: سنت، حکمی را که در قرآن آمده است، تأیید و تأکید می‌کند. در این صورت مرجع آن حکم، هم قرآن و هم سنت است، مانند: حرمت قتل دیگری؛ گواهی دروغ؛ سرقت؛ و دیگر اوامر و نواهی.

دوم: سنت حکمی را که در قرآن به نحو مجمل بیان شده است به صورت تفصیلی تفسیر می‌کند یا آن را که به صورت مطلق و یا عام بیان گردیده، تقیید و تخصیص می‌دهد. در این صورت مقصود از حکم قرآن، همین تفسیر و تقیید و یا تخصیص خواهد بود. زیرا خداوند بر پیامبر (ص) حق داده است تا مقصود از آیات قرآن را بیان کند. خداوند می‌فرماید: «قرآن را به تو نازل کردیم تا آنچه را بر مردم نازل شده است، برایشان توضیح دهد» (نحل، ۴۴). پس سنت همان است که چگونگی اقامه‌ی نماز و حج و پرداخت زکات را بیان می‌کند. زیرا قرآن فقط دستور داده است، نماز اقامه شود، زکات داده شود و مسلمانان به حج روند ولی تعداد رکعت‌های نماز و چگونگی آن و مقدار زکات و مناسک حج را بیان نکرده است. سنت بیشتر احکام قرآن را تقیید و تخصیص داده است، مثلاً آیات قرآن، بیع را حلال و ربا را حرام اعلام و سنت معاملات ربوی را بیان کرده است. آیات قرآن خوردن "مردار" و "خون" را حرام دانسته و سنت این اطلاق را مقید ساخته و حرمت را تخصیص داده و از انواع میته و خون، آنچه را که حلال است بیان کرده است.

قرآن، ماترک را از آن فرزندان متوفی می‌داند ولی سنت وارثی را که دست به قتل مورث خود می‌زند، از ارث محروم ساخته است. قرآن مجازات مرد و زن سارق را قطع دست قرار داده است ولی سنت فقط در حد نصاب (ربع دینار و بیشتر از آن) آن را مجاز می‌داند آن‌هم در صورتی که هتک حرز به عمل آید.

سوم: سنت رأساً حکم جدید را مقرر می‌دارد که در قرآن مسکوت‌عنه است. در این صورت اساس این حکم سنت خواهد بود و در قرآن کریم دلیل دیگری برای آن نمی‌توان یافت، مانند فرمایش پیامبر (ص) که «عمه و خاله‌ی زن را نمی‌توان به عنوان همسر دوم انتخاب کرد» و یا در مورد طلا و نقره می‌فرماید: «این دو بر مردان امت من حرامند و بر زنان حرام نیستند» و مانند این گفتار که «آنچه به لحاظ نسب حرام است در اثر شیرخوارگی "رضاع" نیز حرام خواهد بود».

۱۲۵. انواع سنت: سنت از حیث روایت بر سه قسم است:

۱ـ متواتر؛

۲ـ مشهور؛

۳ـ خبر واحد.

الف‌ـ سنت متواتر: سنت متواتر آن است که گروهی، آن را از پیامبر (ص) روایت کنند که به‌دلیل کثرت و امانت‌داری، عادتاً محال است بر امر دروغی تبانی کرده باشند. پس از آن، گروه دیگری هم‌چون قبلی از آنها نقل کنند، تا این که، این روایت به شکل یاد شده، در هر طبقه‌ی خود با راویانش به دست ما برسد. از این قبیل است سنت‌های عملی پیامبر (ص) در ادای نماز و روزه و سایر شعایر دینی که مسلمانان به طور دسته‌جمعی از رسول اکرم (ص) اتخاذ کرده‌اند، وگروه‌های دیگر مسلمین، به‌رغم اختلافات زمانی و بعد مکانی بدون هیچ گونه تغایری بر ما نقل کرده‌اند.

ب‌ـ سنت مشهور: در سنت مشهور، راویان به اندازه‌ی سنت متواتر نیستند. سپس از راوی یا راویان اولیه‌ی آن، گروه‌های متواتر دیگر و از قول این جمع نیز، گروهی دیگر نقل کرده‌اند؛ تا این که وقتی به دست ما رسیده، از سلسله راویان طبقه‌ی اوّل فرد یا افرادی در آن ذکر شده‌اند که به حد تواتر نمی‌رسند ولی در طبقات بعدی از گروه‌های متواتر نقل شده است، از این قبیل است آنچه عمربن‌خطاب و ابن‌مسعود و دیگران، از صحابه‌ی پیامبر (ص) روایت کرده‌اند.

ج‌ـ سنت آحاد: مقصود سنتی است که تعداد راویان طبقه‌ی اوّل آن، به حد تواتر نمی‌رسند، و در طبقات بعدی نیز چنین وضعی را دارند و با همان کیفیت هم به دست ما رسیده است، بیشتر احادیث از این قبیل است.

۱۲۶. سنت‌ها قطعی‌الصدورند یا ظنی‌الصدور؟ سنت متواتر، قطعاً از جانب رسول خداست، زیرا تواتر، مفید قطع و یقین به راستگویی راویان است. و "سنت مشهور" حتماً از

صحابه‌ای که آن را از پیامبر نقل کرده است، صدور یافته ولی چنین نیست که قطعاً از ناحیه‌ی خود پیامبر هم صادر گشته باشد. زیرا کسانی که آن را از پیامبر نقل کرده‌اند به حد تواتر نمی‌رسند ولی آنهایی‌که از صحابه نقل می‌کنند در حد تواتر ولی صدور سنت آحاد از جانب رسول‌الله ظنّی است.

در مورد این سنت‌ها چنانچه تأویل و برداشت دیگری محتمل نباشد، قطعی‌الدلاله و چنانچه احتمال تأویل موجود باشد، ظنی‌الدلاله هستند.

۱۲۷. حجیت سنت: میان فقها در آن بخش از قول و فعل و تقریر پیامبر (ص) که مقصود از آنها، وضع قانون است و با سند صحیح به دست ما رسیده و مفید قطع و یا ظن برتر است و برای مسلمانان الزام‌آور بوده و منبع قانون‌گذاری لازم‌الاتباع محسوب می‌گردد، اختلافی نیست؛ خواه قطعی‌الصدور باشند یا ظنی‌الصدور. پس سنت متواتر واجب‌الاتباع است، زیرا صدور آن از جانب پیامبر قطعی است. سنت مشهور و سنت آحاد با این که صدور آنها از طرف پیامبر ظنی است نیز واجب‌الاتباع هستند؛ زیرا به دلیل عدالت و پرهیزکاری راویانشان، مفید ظن برترند.

احکام سنت گاهی الزام‌آور و واجب الاتباع است، زیرا قرآن، این ویژگی را به آنها بخشیده است، خداوند می‌فرماید: «ای اهل ایمان خدا و رسول و اولیای امور را اطاعت کنید، چون در امری کارتان به گفت‌وگو و نزاع کشید به حکم خدا و رسول بازگردید، اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید» (نساء، ۵۹) و «و اگر به امری که باعث امن و یا ترس مسلمانان می‌شود آگاه شوند آن را منتشر می‌سازند در صورتی که اگر به رسول و یا صاحبان حکم می‌رسانیدند، همانا تدبیر کار را اهل بصیرت می‌دانستند» (نساء، ۸۳) و «هر که رسول را اطاعت کند، خدا را اطاعت کرده است» (نساء، ۶۴) و «ای پیامبر، بگو، اگر خدا را دوست می‌دارید از من تبعیت کنید، خدا شما را دوست خواهد گرفت» (آل‌عمران، ۳۱) و «بر هیچ مرد و زن مؤمن در کاری که خدا و رسول حکم کنند اختیاری نیست» (احزاب، ۳۶) و «آنچه رسول دستور دهد (منع یا عطا کند) بگیرید و هرچه نهی کند واگذارید» (حشر، ۷).

پس سنت، به صراحت قرآن، لازم‌الاتباع است و صحابه در زمان حیات پیامبر (ص) و بعد از وفات ایشان، در پیروی از آن اجماع کرده‌اند. در دوران زندگی پیامبر (ص) احکام سنت را اجرا و از امر و نهی آن امتثال می‌کردند، آنچه را حلال اعلام شده بود، مجاز می‌شمردند و آنچه را حرام و ممنوع ساخته بود، حرام می‌دانستند. پس از وفات هم اگر حکم واقعه‌ی مستحدثه را در قرآن نمی‌یافتند در صدد برمی‌آمدند که سنت پیامبر را در

مورد آن بدانند، مثلاً ابوبکر، اگر در پیش‌آمدی از وجود "سنت" بی‌اطلاع بود، از مردم می‌خواست، چنانچه در این زمینه، از پیامبر، مطلبی دارند عنوان کنند و عمر و دیگران (اعم از صحابه و تابعین) نیز چنین می‌کردند.

۱۲۸. آیا تمام اعمال و گفتار پیامبر در حکم قانون است؟ اعمال و گفتار پیامبر بر چند نوع است: برخی از آنها به اعتبار این که یکی از آحاد بشر است از او سر زده است، مانند نشست و برخاست و خوردن و آشامیدن؛ این قبیل اعمال در حکم قانون نیست زیرا به اقتضای بشربودن از پیامبر سرزده است و جزئی از رسالت وی محسوب نمی‌شود.

برخی دیگر از اعمالی که از پیامبر خدا سر زده است، و ادله‌ی موجود، نشان می‌دهد که فقط مختص اوست، مانند اختیار همسر بیش از چهارتا؛ داخل شدن به مکه بدون احرام و جماع در حال روزه؛ این‌ها در حکم قانون نیست. زیرا آنها اعمال شخصی اوست و جز او کسی در آنها مشارکت ندارد.

بعضی دیگر از اعمال پیامبر (ص) که براساس آگاهی و بینش خاص وی به امور دنیوی به وقوع پیوسته است، مانند تجارت و زراعت و تنظیم سپاه، نیز در حکم قانون و تشریع نیست. زیرا مبنای آنها، آگاهی شخصی است و پیامبر هم این قبیل اعمال را تشریع قلمداد نکرده است، مثلاً به برخی از صحابه، کاشتن درخت خرما را به شکل خاصی پیش‌نهاد کرده و سپس از نظر خود عدول کرده و چنین گفته است «شما خود به امور دنیوی آگاه و داناترید». در جنگ بدر پیامبر (ص) تصمیم گرفت لشکریان را در مکان معینی فرود آورد، یکی از یاران گفت: «آیا خدا فرمان داده است که اینجا را انتخاب کنی یا براساس رأی و به اقتضای جنگ و حیله‌ی جنگی انتخاب کرده‌ای؟» فرمود، علت انتخاب این مکان، دومی است، آن شخص مکان دیگری را برای استقرار سپاه پیش‌نهاد کرد و نظر وی مورد قبول پیامبر قرار گرفت.

اما اعمال و گفتاری را که با قصد بیان و آموزش و راه‌نمایی انجام داده‌اند، تشریع لازم‌الاتباع هستند مانند این فرمایش که «به کیفیتی که من نماز می‌خوانم، نماز را برپا دارید» و «نحوه‌ی اعمال و عبادات خود را از من بیاموزید» و مانند بریدن دست سارق از مچ دست به عنوان توضیح و بیان آیه‌ی «فاقطعوا ایدیهما» و مانند دستور ایشان به این که متهم سنگسار شده دفن و بر جسد او نماز خوانده شود. زیرا در مورد "ماعز" پرسیدند چه کنیم فرمود: «با جنازه‌ی او همان کنید که با مردگانتان می‌کنید» و مانند آن که در حین اقامه‌ی حد، تازیانه‌ای انتخاب می‌کرد (به شکلی می‌نواخت) که نه بسیار سخت و دردناک بود و نه بسیار نرم و ملایم. هم‌چنین از ایشان روایت شده است که در پاسخ ام‌سلمه که پرسیده بود آیا روزه‌دار

می‌تواند همسرش را ببوسد؟ فرمود: «چرا به آنان نمی‌گویی که من تو را می‌بوسم و حال آن که روزه‌دار هستم!» و زمانی که از خیس کردن موی سر در هنگام غسل سؤال کرد فرمود: «برای من کافی است که با کف دستانم سه بار بر سرم آب بریزم» صحابه در این باره که بدون انزال هم غسل واجب می‌شود یا خیر، اختلاف داشتند، عمر در این مورد از عایشه سؤال کرد، پاسخ داد: من و پیامبر در این مورد غسل کردیم. عمر به مردم دستور داد غسل کنند. هم‌چنین عمر در حین طواف، حجرالاسود را می‌بوسید و می‌گفت: می‌دانم که سنگی بیش نیستی، نه نفع می‌رسانی و نه ضرر اگر نمی‌دیدم که پیامبر تو را می‌بوسد، نمی‌بوسیدم. پس اگر قول و فعل پیامبر نباید متابعت می‌شد، صحابه چنین نمی‌کردند.

گفتار سوم: اجماع

۱۲۹. تعریف اجماع: اجماع عبارت است از وحدت نظر تمام مجتهدان امت اسلامی در هر دوره‌ای از دوران بعد از مرگ پیامبر، نسبت به یک حکم شرعی.

۱۳۰. حجیت اجماع: چنانچه تمام مجتهدان امت اسلامی به صورت پراکنده یا دسته‌جمعی درباره‌ی حکم واقعه‌ای، اتفاق نظر داشته باشند پیروی از آن حکم واجب خواهد بود و اجماع مزبور در آن مورد دلیل قطعی به حساب می‌آید، اما اگر اکثریت مجتهدان نظر بدهند، این رأی دلیل ظنی محسوب می‌گردد و اشخاص می‌توانند از آن پیروی کنند و مجتهدان می‌توانند برخلاف آن نظر بدهند. به شرط آن که "ولی امر" مسلمین تبعیت از آن را واجب نسازد، که در این‌صورت واجب‌الاتباع خواهد بود.

۱۳۱. مبانی شرعی اجماع: اساس اجماع، قرآن و سنت است، چنین نیست که اجتهاد درباره‌ی حکمی خودسرانه باشد، بلکه در مواردی که درباره‌ی آنها حکم صریحی در قرآن و سنت وجود ندارد، اجتهاد بر اصول کلی شرعی و روح آن استوار خواهد بود. وحدت نظر مجتهدان درباره‌ی حکم معینی، قطعاً ثابت می‌کند که با اصول کلی شرعی و روح قانون مستتر در آنها، سازگار و موافق است. زیرا وحدت نظر آنان درباره‌ی حکم معینی، به‌رغم اختلاف مکانی سرزمینی و مذهبی نشان می‌دهد که "حقانیت نظر"، آنان را به سوی این "اتفاق" سوق داده است.

قرآن و سنت به "اجماع" قدرت قانونی داده‌اند. در قرآن کریم خداوند می‌فرماید: «ای

اهل ایمان از خدا و رسول و اولیای امور اطاعت کنید» (نساء، ۵۹) فقها متفقاً می‌گویند مقصود از "اولی‌الامر" در این آیه هم حکام هستند و هم علما، پس هر یک از آنها در حیطه‌ی عمل و وظیفه‌ی خود "ولی امر" به حساب می‌آیند. اگر علما در مورد "حکمی" اجماع کردند، پیروی از آن واجب می‌گردد. زیرا قرآن اطاعت از آنها را واجب دانسته است. هم‌چنین می‌فرماید: «اگر آن را ــ اطلاعات به دست آمده را ــ بر پیامبر و صاحبان حکم می‌رسانیدند، کسانی که اهل بصیرت هستند آن را می‌دانستند» (نساء، ۸۳) در این آیه مقصود از اولی‌الامر، "علماء" هستند.

سنت، هم رأی و نظر مردم را صحیح و عاری از خطا تلقی کرده و هم، رأی و نظر اجماعی را در نزد خداوند مطلوب و پسندیده شمرده است. پیامبر (ص) می‌فرماید: «امت من به امر خطا اجماع نمی‌کنند». و می‌فرماید «چنین نیست که خداوند امت مرا به امر "خطایی" اجماع دهد» و باز می‌فرماید: «آنچه در نظر مسلمانان خوب و پسندیده است، نزد خداوند نیز مطلوب است».

۱۳۲. اجماع منشأ قوانین، آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها: قوانین جزائی مقرراتی است که صرف نظر از نوع سیستم حکومتی، از جانب قوایی که وظیفه‌ی آنها وضع قانون است، تصویب می‌شوند. براساس اصل ۴۱ قانون اساسی مصر، این مقررات اگر از ناحیه‌ی پارلمان تصویب و اعلان شود، قانون و اگر در نبود مجلس پادشاه آن را اعلان کند "امر یا آیین‌نامه‌ی قانونی" نامیده می‌شود. و در هر دو حال، باید اکثریت اعضای پارلمان آن را تأیید کنند. پس از تأیید اکثریت، پادشاه "ملک" دستور انتشار می‌دهد و آنگاه برای مردم لازم‌الاجرا خواهد بود. بنابر این، منشأ قوانین "اجماع ناقص" است؛ یا به عبارت دیگر، اجماع اکثریت، بر قواعد و اصولی است که قانون دربردارد. و قدرت الزامی قانون، از این اجماع ناشی نمی‌شود بلکه از دستور "ولی امر" به انتشار قانون و اجرای آن سرچشمه می‌گیرد پس در این مورد، اجماع دلیل ظنی به حساب می‌آید، نه قطعی.

آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها را قوای مجریه و محلی برای اجرای قانون خاصی و براساس اختیاراتی که همان قانون مقرر می‌دارد، صادر می‌شود. پس منشأ آنها هم مانند قانون، اجماع ناقص است و قدرت الزام‌آورشان را از دستور "ولی امری" که قانون را صادر کرده یا کسی که اختیار اجرای قانون به عهده‌ی او تفویض شده است، به دست می‌آورد.

۱۳۳. جایگاه قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها در قانونگذاری اسلامی: قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها، مکمل قانونگذاری اسلامی محسوب می‌شوند. زیرا اسلام به

فرمان‌روایان اجازه می‌دهد تا در اموری که با مصالح افراد و جامعه سروکار دارد قانون وضع کنند. پس قوه‌ی مقننه، در هر کشور اسلامی این حق را دارد که اگر مصلحت جامعه اقتضا کند، هر عمل مباح و جایزی را قابل کیفر بداند و چنانچه جرم و مجازات[1] از جرایم تعزیری باشند و مصلحت جامعه ایجاب کند، جرم و مجازات را ـ به‌طور کلی یا جزئی ـ مورد عفو قرار دهد و نیز حق دارد در هر یک از جرایم تعزیری اختیارات قضات را محدود یا اگر مصلحت اقتضا کند، نامحدود و گسترده سازد. قوانین و آیین‌نامه و بخش‌نامه‌هایی را که مراجع ذی‌ربط صادر می‌کنند در صورتی شرعاً نافذ و واجب‌الطاعه هستند که مخالف صریح مقررات شرعی، یا فراتر از اصول کلی و روح آنها نباشند، وگرنه، به طور کلی باطل خواهند بود. از این موضوع در مبحث "نسخ" بیشتر بحث خواهد شد.

۱۳۴. حقوق اسلامی در اعتبار قانونی‌دادن به "اجماع" تنها نیست: برخی گمان کرده‌اند که فقط حقوق اسلامی به "اجماع" اعتبار قانونی می‌دهد. این گمان اشتباه است. قوانین وضعی در کشورهای غیراسلامی، هم در تشریع و هم در مرحله‌ی تفسیر و استنباط، بر اجماع استوار است.

قوانین زمانی رسمیت می‌یابند و تصویب می‌شوند که اکثریت هیئت‌های قانون‌گذاری با آنها موافق باشند. رویه‌های قضایی که مورد قبول اکثریت فقها و یا قضات باشد، بدون آن که نیازمند وضع قانون باشند، الزام‌آورند، و منشأ آنها، همین اجماع ناقص است. از نظر قوانین وضعی، در صورت تعدد قاضی و عدم حصول توافق، رأی محکمه همان است که اکثریت نظر می‌دهند، اگر دادگاه از سه قاضی تشکیل شده باشد، حکم دادگاه آن است که دو نفر از قضات موافق باشند و اگر محاکم دیوان عالی در استنباط اصول قانونی و تفسیر مواد قانون اختلاف داشته باشند نظر اکثریت هیئت عمومی، قاطع دعوی و حکم قضیه محسوب خواهد شد. از آنچه گفته شد، چنین استنباط می‌شود که در قوانین وضعی، "اجماع" پذیرفته شده است و اجماع ناقص را دلیل قانون‌گذاری و تفسیر قانون و اعمال آن می‌دانند زیرا "اجماع"، تبلور رأی اکثریت است.

گفتار چهارم: قیاس

۱۳۵. تعریف قیاس: قیاس عبارت است از پیوند و همانند دانستن امری که حکم شرعی

---

۱. به شماره‌ی ۱۹۱ به بعد مراجعه شود.

ندارد، به امری که دارای حکم شرعی است بر این مبنا که در علت حکم، اشتراک دارند. از این تعریف چنین بر می‌آید که قیاس چهار رکن دارد:

۱ـ مقیس‌علیه: امری است که در بیان حکم آن، نص وارد شده است، مقیس‌علیه را "اصل" می‌نامند.

۲ـ مقیس: امری است که در بیان حکم آن، نص وارد نشده است و مقصود از مقایسه، دانستن حکم آن است، مقیس را "فرع" می‌نامند.

۳ـ حکم: همان حکم شرعی است که درباره‌ی "اصل" وارد شده و مقصود از آن شناختن حکم "فرع" است.

۴ـ علت: همان وصفی است که به سبب آن، درباره‌ی "اصل"، حکم شرعی وارد شده است و این وصف در فرع هم وجود دارد.[1]

۱۳۶. آیا در تمام احکام قیاس ممکن است؟ درخصوص جواز قیاس در تمام احکام، فقها اختلاف نظر دارند. عده‌ی قلیلی آن را جایز می‌دانند زیرا همه‌ی احکام شرعی از یک جنس هستند و در یک عنوان واحد که همان "حکم شرعی" است اشتراک دارند و چون جایز است که برخی از احکام که با هم‌دیگر همانند هستند، با قیاس ثابت شوند، در بعضی دیگر نیز این امر مجاز خواهد بود. به نظر جمهور فقها به طور کلی در همه‌ی احکام شرعی، جایز نیست قیاس را جاری کرد؛ هرچند همه‌ی آنها تحت عنوان واحدی قرار بگیرند، زیرا احکام، گوناگونند و بر اثر اموری که وجه افتراق آنهاست، از یکدیگر متمایز خواهند بود. و مانعی نیست که جواز قیاس و ثبوت آن در برخی از احکام به دلیل ویژگی خاص آنها باشد، نه به این اعتبار که آن خصوصیت، حکم شرعی است. به عقیده‌ی اینان به دو دلیل قیاس در کلیه‌ی احکام ممتنع است:

اول: چون این وضعیت منجر به امر محال و ممتنع می‌گردد، لذا اجرای قیاس در کلیه‌ی احکام ممتنع خواهد بود. زیرا هر قیاسی ضرورتاً باید اصلی داشته باشد که به آن نسبت داده شود. پس اگر هر حکمی با قیاس ثابت گردد باید حکم اصل قیاس هم، با قیاس ثابت شود و هم‌چنین حکم اصلِ، اصلِ آن باید با قیاس ثابت گردد و بدین‌سان این تسلسل تا بی‌نهایت ادامه خواهد یافت و تصور هر قیاسی ممتنع خواهد بود، زیرا تحقق قیاس بر "اصولی" متوقف خواهد ماند که نهایت و پایان ندارند.

دوم: برخی از احکام ثابت هستند ولی علت آنها معلوم نیست، مانند حد زانی

---

۱. عبدالوهاب خلاف، *اصول الفقه*، ص ۴۲.

غیرمحصن به صد تازیانه و حد قذف که هشتاد تازیانه است، در چنین مواردی اجرای قیاس مشکل است زیرا قیاس بر این استوار است که علت "اصل" بر "فرع" تسری نماید. و حکمی که علت آن عقلاً شناخته نشود، ممکن نیست با قیاس ثابت شود.[۱]

۱۳۷. قیاس در جرایم و مجازات‌ها: فقهایی که در تمام احکام، قیاس را مجاز نمی‌دانند در خصوص جواز قیاس در جرایم و مجازات‌ها اختلاف نظر دارند، برخی آن را مجاز و بعضی غیرمجاز دانسته‌اند و هر گروه برای خود دلایلی دارند. طرف‌داران جواز قیاس در جرایم و مجازات‌ها دو دلیل ارائه داده‌اند:

اول: پیامبر (ص) وقتی از معاذ پرسید چگونه قضاوت خواهی کرد، موافقت با پاسخ معاذ امضایی بود که بر "قیاس" نهاد، چون معاذ در پاسخ سؤال مزبور گفت: با کتاب خدا قضاوت می‌کنم، اگر در قرآن حکم قضیه را نیافتم با سنت رسول خدا قضاوت خواهم کرد و اگر هیچ کدام نبود به اجتهاد خود عمل می‌کنم. پیامبر این سخن معاذ را «به اجتهاد خود عمل می‌کنم» تأیید و امضا کرد، که یک تعبیر مطلق است و تفصیل دیگری در آن وجود ندارد و همین نکته به جواز قیاس در جرایم و مجازات‌ها دلالت می‌کند.

دوم: وقتی صحابه در مورد حد شرب خمر با یکدیگر گفت‌وگو می‌کردند حضرت علی (ع) فرمود: شارب خمر، وقتی آن را نوشید مست می‌شود، وقتی مست شد هذیان می‌گوید و وقتی هذیان گفت، افترا می‌زند، پس به او حد مفتری را جاری کنید. بنابراین ایشان حد شارب خمر را به حد مفتری مقایسه کرده است، چون هیچ‌یک از صحابه در این سخن با وی مخالفت نکرد، پس اجماعی است.

مخالفان قیاس در جرایم و مجازات‌ها سه دلیل ارائه داده‌اند:

اول: حدود و کفارات امور تعیین‌شده‌ای هستند و ممکن نیست معنایی که باعث تعیّن آنها گردیده، تعقل شود. اساس قیاس، بر تعقلِ علتِ حکمِ اصل و تسرّی آن بر فرع، پایه‌ریزی شده است، پس در احکامی که علت حکم نامعلوم است و تعلق‌پذیر نیست، قیاس مشکل خواهد بود.

دوم: حدود، مجازات به حساب می‌آیند، کفارات هم شائبه‌ی مجازات دارند. قیاس، امری است که احتمال دارد مبتنی بر خطا باشد، و احتمال خطا، شبهه محسوب می‌گردد و حدود در اثر شبهه ساقط می‌شوند، زیرا پیامبر (ص) فرموده است: «ادرئوالحدود بالشبهات».

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول الاحکام*، ج ۴، ص ۸۹ به بعد.

سوم: شارع مقدس در مورد سرقت، قطع دست را واجب دانسته ولی کفّاره را واجب ندانسته است با آن که کفّاره با قطع دست تناسب بیشتری دارد، ولی در «ظهار» کفّاره را واجب دانسته است زیرا "ظهار" امری است منکر و دروغ. در ارتداد هم کفّاره را واجب ندانسته با آن که ارتداد نسبت به "ظهار" منکرتر و دروغ‌آمیزتر است و چون کفّاره در آنجا که شایسته بود واجب شود، مقرر نگشته است، دلیل روشن و بیانگر آن است که جریان قیاس در این مورد ممنوع است.[1]

دلایل این گروه قوی‌تر است و باعث رجحان آن می‌گردد به ویژه اگر ملاحظه کنیم که حد قذف ناشی از قیاس نیست، بلکه اجماع مسلمین آن را مقرر داشته است و قیاس در آن راه ندارد بنابراین در اثر اجماع الزام‌آور گردیده است نه در اثر قیاس.

به علاوه باید بدانیم که قیاس در مجازات‌ها، قبل از هر چیز ایجاب می‌کند که در جرایم نیز قیاس رعایت شود. با این حال باید توجه کرد که دیدگاه معتقدان به جواز قیاس در جرایم منجر به این نمی‌شود که احکام تازه یا جرایم جدید خلق شوند، بلکه این عقیده، در گستردگی دایره‌ی شمول مواد قانون جزا تأثیر می‌گذارد، پس قیاس در جرایم و مجازات‌ها دلیل تقنینی محسوب نمی‌شود بلکه یک منبع تفسیری است که به تعیین اعمال داخل در دایره‌ی شمول ماده‌ی قانونی کمک می‌کند. بنابر این، وقتی ماده‌ی قانونی به دلیلی، عملی را ممنوع می‌سازد، با قیاس، هر حالت همانندی که در آن، آثار علت مزبور دیده شود، به عمل ممنوع پیوند می‌خورد، مانند الحاق لواط به زنا و یا قیاسِ قتلِ با آلتِ سنگین، به قتل با اشیای بُرّنده و به عقیده‌ی بعضی، الحاق هر مایع مسکر به خمر، و نیز قبر به محل مسکون و هرجای دیگری که برای حفظ اشیا و اموال مورد استفاده قرار می‌گیرد، به نحوی که بردارنده‌ی کفن، سارق به حساب می‌آید و از این قبیل. اعمال این رأی که امروزه محاکم در حد زیادی آن را مورد عمل قرار می‌دهند، زیان‌بار نیست؛ چه، آن که علمای حقوق هم در رعایت آن طرفدار گستردگی هستند.

۱۳۸. قیاس در آیین دادرسی و ادلّه‌ی اثبات دعوی: فقها در ادله‌ی اثبات دعوی کیفری قیاس را قبول دارند؛ حتی فراتر از قیاس، سایر ادله را که از منابع تقنین جزائی نمی‌شمارند، مثل عرف و روش صحابه، در این مورد معتبر می‌شمارند، مثلاً به عقیده‌ی برخی اقرار به سرقت باید دوبار صورت بگیرد و آن را با زنا قیاس می‌کنند که باید متهم چهار بار اقرار کند. کسانی که قیاس را در این مورد قبول نمی‌کنند می‌گویند این حکم فقط مخصوص زنا است؛ یا به نظر

---

۱. *همان*، ص ۸۲ به بعد.

گروهی، زنان هم می‌توانند در اثبات جرایم شهادت بدهند و آن را به جواز شهادت آنان در امور حقوقی قیاس می‌کنند؛ یا به دفن کردن فردی که سنگسار می‌شود، اجماع دارند در حالی که مذهب حضرت علی (ع) آن را گفته است و ابوحنیفه و یاران وی برای اثبات شرب خمر، شهادت گواهان و استشمام بوی آن در دهان متهم را شرط می‌دانند و حال آن که، این قول، دیدگاه، و رأی عبدالله‌بن‌مسعود است.

مبحث سوم: تفسیر احکام جزائی یا مقررات کیفری

۱۳۹. اقتدار قاضی در تفسیر مقررات: قاضی در لحظه‌ی اعمال قانون حق دارد اگر در دلالت آن پیچیدگی یا ابهام و یا در عبارات آن تناقض مشاهده کند به تفسیر آن بپردازد، فقها برای فهم احکام، قواعدی را برای تفسیر وضع کرده‌اند که برخی از آنها لغوی و برخی تقنینی است.

گفتار اول: قواعد لغوی تفسیر

۱۴۰. این قواعد چگونه استنباط شده‌اند؟ علمای اصول از بررسی استقرایی الفاظ و عبارات و متدهای ادب عربی و دلالت هر یک از آنها بر معنای معروف لغوی، این قواعد را استنباط کرده‌اند. دلالت الفاظ و جملات و روشنی معانی آنها و یا پیچیدگی آن را مورد بحث قرار داده‌اند، زیرا معنای برخی از الفاظ و جملات روشن، و معنای برخی پیچیده و گنگ است. پس از آن در زمینه‌ی اشتراک لفظ در بیش از یک معنا و از حیث تعمیم و شمول به همه‌ی افرادش و از نظر اختصاص و انطباق آن فقط بر بعضی از مصادیق بحث کرده‌اند. بنابراین بررسی قواعد لغوی تفسیر، اقتضا می‌کند که امور ذیل مورد مطالعه قرار بگیرند:

اولاً، دلالت جملات و الفاظ و مفهوم آنها؛ ثانیاً، روشنی دلالت و یا پیچیدگی آنها؛ ثالثاً، اشتراک الفاظ و عموم و خصوص آنها. این قواعد در اصل برای فهم معانی مقررات شرعی وضع شده‌اند ولی درواقع برای فهم معنای هر متن غیرشرعی هم، به شرط آن که به زبان عربی نوشته شده باشد به کار می‌آیند.

۱۴۱. اولاً ـ دلالت جملات و الفاظ یا مفهوم آنها: تردیدی نیست که هر لفظ و عبارتی دلالتی دارد. در نتیجه می‌توان گفت، هر متن شرعی که از الفاظ و عبارات تشکیل یافته است گاه

ممکن است، فقط یک دلالت و گاه بیش از یک دلالت داشته باشد و معمولاً به هر "متنی" براساس دلالت‌ها و یا مفاهیمش استدلال می‌شود. این مفاهیم پنج نوع است:

الف ـ مفهوم عبارت: مفهوم عبارت، معنایی است که از صیغه و ساختار نص، بر ذهن انسان متبادر می‌شود و این همان معنایی است که مقصود شارع بوده است زیرا مقنن زمانی که وضع حکم می‌کند الفاظ و عباراتی به کار می‌برد که به صورت روشن مقصود او را برسانند و از این الفاظ و عبارات به‌شکلی استفاده می‌کند که به مجرد مطالعه‌ی آن، "معنای مقصود" به ذهن خواننده متبادر شود.

ب ـ مفهوم اشاره: معنایی است که "نص" برای آن وضع نشده است و لذا به محض خواندن نص، آن معنا به ذهن متبادر نمی‌شود، بلکه لازمه‌ی عبارت، نص یا برخی از الفاظ آن است پس مفهوم اشاره، معنایی است که ملزوم نص است ولی از سیاق عبارتی آن مستفاد نمی‌گردد، مانند این آیه که می‌فرماید: «للفقرا المهاجرین الذین اخرجوا من دیارهم و أموالهم یبتغون فضلاً من الله و رضواناً» آیه‌ی شریفه برای تفهیم این معنا وضع گردیده است که فقرا در صورت مهاجرت از "فی" سهم می‌برند. و مفهوم اشاره‌ی آن این است که، اموال باقی مانده از آنان، دیگر در مالکیتشان نیست، زیرا وقتی به صفت فقر متصف‌اند لازمه‌اش این است که اموالشان در مالکیت آنان نباشد.

ج ـ مفهوم دلالت: معنایی است که از روح و منطق نص استفاده می‌شود، وقتی عبارت نص، در واقعه‌ای، بر حکمی دلالت می‌کند که علتی آن را ایجاب کرده است، هر واقعه‌ی دیگری از جنس واقعه‌ی نخست، چنانچه واجد آن علت باشد در مفهوم نص یاد شده داخل خواهد شد و این واقعه، در حکم مورد نظر، هم‌تراز واقعه‌ی نخست یا برتر از آن خواهد بود، با این شرط که برابری یا اولویت مزبور بدون آن که نیازمند قیاس یا اجتهاد باشد، فهمیده شود، مانند این آیه که می‌فرماید «بر والدین خود اف نگویید و آنها را سرزنش نکنید». خداوند از "اف" گفتن بر والدین و سرزنش آنها، نهی کرده و آن را حرام دانسته است، این مفهومِ عبارتِ آیه است ولی آنچه از دلالت آیه مستفاد می‌شود، این است که هر عمل برابر با "اف" یا شدیدتر از آن نیز حرام است. زیرا علت حرمت، در عملی که هم‌تراز "اف" است وجود دارد، و شدیدتر از اف به "تحریم" شایسته‌تر است. اما آنچه پایین‌تر از اف و سرزنش باشد در مفهوم این آیه داخل نمی‌شود.

این شیوه‌ی استدلال را "قیاس جلی ـ قیاس آشکار و روشن" می‌نامند زیرا فهم برابری و اولویت میان منطوق آیه و مفهوم آن روشن و آشکار است. به مفهوم دلالت، مفهوم موافق هم گفته می‌شود. زیرا با منطوق نص، در علت حکم، آن‌سان موافق است که به محض دریافت

عبارت نص، آن مفهوم نیز درک می‌شود. نام دیگر مفهوم دلالت "فحوی‌الخطاب" است؛ یعنی روح نص و آنچه از نص، تعقل و برداشت می‌شود.

د ـ مفهوم اقتضا: معنایی است که "نص" آن را اقتضا می‌کند به نحوی که بدون فرض این معنی، نص مزبور نادرست خواهد بود، مانند این آیه که می‌فرماید: «حرمت علیکم امهاتکم» از این عبارت معنای زیادی فهمیده می‌شود. ولی ممکن نیست این آیه به طور صحیح تفهیم و معنی شود جز آن که بدانیم مقصود از حرمت، حرمت ازدواج است. به این نکته، مفهوم اقتضا گفته می‌شود. و مانند آیه‌ی: «حرمت علیکم المیّة» که مفهوم اقتضای آن، حرمت خوردن مردار است.

هـ ـ مفهوم مخالف: معنایی است که با مفهوم (منطوق) عبارت مخالف است؛ یا به عبارت دیگر، معنایی است که از قیود نص عاری است. علمای اصول در مفهوم مخالف، اختلاف دارند به عقیده‌ی برخی از آنها هر عبارتی دو دلالت و مفهوم دارد: منطوقاً بر حکم معینی دلالت می‌کند و در مفهوم مخالف بر نقیض آن حکم دلالت دارد. مثلاً این آیه که می‌فرماید: «اودماً مسفوحاً» منطوقاً به حرمت خوردن خون ریخته شده دلالت می‌کند و با مفهوم مخالف بر مباح بودن خوردن خون ریخته نشده دلالت دارد، پس هر جا که عبارتی منطوقاً بر حکم معینی دلالت می‌کند، با مفهوم مخالف، بر نقیض آن دلالت خواهد کرد، به عقیده‌ی این گروه، مفهوم مخالف مسکوت‌عنه نیست.

گروه دوم عقیده دارند که مفهوم مخالف، مسکوت‌عنه است و نص فقط برای رسانیدن حکم منطوق خود وضع می‌گردد و مفهوم مخالف مقصود آن نیست. به موجب این نظر، نص صرفاً به حکم معین در منطوقش دلالت می‌کند و بر مفهوم مخالف دلالت ندارد، این رأی، برتر و راجح است.

۱۴۲. تعارض مفاهیم: در صورت تعارض مفاهیم، مفهوم عبارت (منطوق) بر مفهوم اشاره، مقدم خواهد بود زیرا معنایی است که "نص" برای آن وضع گردیده و مفهوم اشاره ملزوم برخی از الفاظ نص است که مقصود اصلی مقنن نبوده است.

اگر این دو مفهوم با مفهوم مخالف معارض باشند، آنها مقدم هستند زیرا هردوی آنها، مفهوم ساختار عبارت "صیغه" و یا الفاظی هستند که مقنن "شارع" برگزیده است. و مفهوم مخالف از روح و منطق آن مستفاد می‌گردد. مفهوم اقتضا بر دیگر مفاهیم مقدم است زیرا معنایی است که بدون تصور آن، عبارت مورد نظر فاقد معنای صحیح و کارآمد خواهد بود و ملاحظه شد که مفهوم مخالف، به موجب رأی راجح و برتر در مقام تعارض با مفاهیم دیگر کارآیی ندارد.

۱۴۳. ثانیاً ـ وضوح و ابهام دلالت‌ها: الفاظ و عبارات و نصوص از حیث ظهور معنایشان بر دو نوع است: یک نوع واضح‌الدلاله است که هیچ نوع ابهام و پیچیدگی در دلالت بر معنای خود ندارد، و نوع دوم غامض‌الدلاله است که در دلالت بر معنایش پیچیدگی و ابهام دارد. نوع اوّل همیشه یکسان و در درجه‌ی واحد نیست، بلکه برخی از آنها نسبت به برخی دیگر در دلالت بر معنا روشن‌ترند. هم‌چنان که در نوع دوم نیز برخی در دلالت بر معنایشان اجمال و ابهام بیشتری دارند.

۱۴۴. اقسام واضح‌الدلاله:

۱ـ ظاهر؛

۲ـ نص؛

۳ـ مفسر؛

۴ـ محکم.

۱۴۵. ظاهر: مقصود از ظاهر، نص یا لفظ و یا عبارتی است که دلالت "صیغه" بر معنایش، واضح و مبرهن باشد، به حدی که برای فهم معنا، به قرینه‌ی خارجی نیازی نباشد و این معنا مقصود اصلی از وضع "صیغه" به حساب نیاید، مانند: «و احل‌الله البیع و حرم‌الربا» حلال بودن خرید و فروش، و حرمت ربا از دو لفظ "احل و حرم" بدون احتیاج به قرینه‌ی خارجی فهمیده می‌شود و حال آن که مقصود سیاق آیه این معنی نیست، بلکه آیه می‌خواهد مماثلت میان بیع و ربا را نفی کند و سخن کسانی را که گفتند "بیع مثل رباست" مردود سازد «ذلک بانهم قالو انما البیع مثل الربا، و احل الله البیع و حرم الربا».

حکم ظاهر چیست؟ عمل به مدلول آن، مادامی‌که دلیلی دال بر عدول از ظاهر اقامه نگردیده، واجب است. زیرا اصل بر این است که لفظ از ظاهرش منصرف نیست، مگر آن که دلیل دیگری آن را اقتصا کند و یا معنای دیگری مراد باشد.

اگر "ظاهر" عام و یا مطلق باشد، تخصیص و تقیید محتمل است، و اگر "حقیقت" است احتمال دارد معنای مجازی مراد باشد و هکذا، احتمالات یاد شده در صورتی صحیح خواهند بود که مبتنی باشد بر دلیل شرعی که عبارت‌اند از: نص؛ قیاس؛ یا روح قانون‌گذاری؛ و اصول کلی آن؛ و الّا باطل خواهند بود.

۱۴۶. نص: نص لفظ یا عبارتی است که دلالت "صیغه" بر معنایش واضح بوده و این معنی، مقصود اصلی مستفاد از سیاق و ساختار لفظ یا عبارت باشد. در چنین حالتی "لفظ" را نص

می‌نامند، مانند: «و احل‌الله البیع و حرم‌الربا» که بر نفی مماثلت میان بیع و ربا "نص" است. زیرا نفی مماثلت معنایی است که از لفظ ظاهر می‌گردد و مقصود اصلی، سیاق عبارت آن است.

حکم نص چیست؟ حکم نص مانند حکم ظاهر است و ممکن است مثل ظاهر در معرض انواع تأویل‌ها قرار گیرد.

۱۴۷. مفسر: مفسر، لفظ یا عبارتی است که دلالت "صیغه‌ی" آن بر معنای تفصیلی به حدی واضح است که هر احتمالی را نفی می‌کند، مانند فرمایش خداوند درباره‌ی مجازات کسانی که به زنان پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند: «فاجلدوهم ثمانین جلده»، نص را هرچند مجمل وارد شود، مفسر می‌خوانند و این در صورتی است که مقنن "شارع" به دنبال آن چیزی بگوید و اجمال را از میان ببرد و آن را شرح دهد، مانند این آیه که می‌فرماید: «ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق» این آیه مجمل است ولی پیامبر (ص) معنای آن را تفسیر کرده است و می‌فرماید «کشتن مسلمان فقط در سه مورد جایز است: "مرتکب زنای محصنه گردد؛ مرتد شود؛ به قتل کسی دست یازد».

حکم مفسر چیست؟ عمل به آن، چنانچه قبلاً "توضیح داده شد واجب است و احتمال و تأویل و انصراف از ظاهر آن معنی ندارد. تفسیری، احتمال تأویل و تلقی دیگر را نفی می‌کند که از "ساختار عبارت" ناشی گردد، و یا از یک بیان تفسیر شده مستفاد شود که منشأ آن، خود شارع بوده است. اما تفسیری که فقها و مجتهدان به عمل می‌آورند، اعتبار قانونی ندارد و احتمال تأویل را منتفی نمی‌سازد.

۱۴۸. محکم: لفظ یا عبارتی است که دلالت "صیغه‌ی" آن بر معنایش به حدی روشن و واضح است که هیچ گونه ابطال و تغییر نمی‌پذیرد و با وصف وجود آن، احتمال هرگونه تأویلی نیز منتفی است. زیرا حکمی که از چنین عبارتی مستفاد می‌گردد، یا یک حکم زیربنایی از قواعد دینی است مثل عبادت بر خدای واحد، ایمان به کتب و رسولان وی و یا از رئوس فضایلی است که در هیچ حالتی تغییر نمی‌پذیرد، مانند احسان به والدین و رعایت عدالت و یا یک حکم فرعی جزئی است که شارع آن را تأیید کرده است، مانند فرمایش خداوند درباره‌ی کسانی که به زنان پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند: «ولا تقبلوا لهم شهاده ابداً». محکم تأویل‌پذیر نیست زیرا در حدی روشن و تفسیر شده است که برای تأویل مجال نمی‌ماند.

حکم "محکم": عمل به "محکم" قطعاً واجب است و انصراف از ظاهر آن محتمل نیست.

۱۴۹. حکم تعارض: در صورت تعارض ظاهر و نص، نص مقدم است زیرا مقصود اصلی شارع بوده است. و در صورت تعارض نص و مفسر، مفسر مقدم است زیرا دلالت آن بر مراد و مقصود نسبت به نص روشن‌تر است و احتمال تأویل در آن کلاً منتفی است و چنانچه مفسر با محکم معارض باشند، محکم مقدم است زیرا در دلالت بر معنی از مفسر قوی‌تر است.

۱۵۰. اقسام غامض‌الدلاله: لفظ یا عبارتی که در دلالتش بر معنی ابهام و پیچیدگی موجود باشد، غامض‌الدلاله نامیده می‌شود و بر چهار قسم است: ۱ـ خفی؛ ۲ـ مشکل؛ ۳ـ مجمل؛ ۴ـ متشابه.

۱۵۱. خفی: خفی اصطلاحاً به لفظی گفته می‌شود که دلالتش بر معنا روشن و ظاهر است لیکن در انطباق بر بعضی از افراد آن، پیچیدگی و اجمال دارد و نیازمند تأمل و دقت است، این خفا و پیچیدگی از آنجا ناشی می‌گردد که این فرد نسبت به سایر افراد معنا، دارای یک صفت اضافه یا کمتر است و یا آن که این فرد علاوه بر آن، نام دیگری هم دارد. همین فزونی در وصف یا نقصان صفت و یا وجود نام دیگر، آن را در موضع اشتباه و شبهه قرار می‌دهد و لفظ منظور نسبت به این فرد، عنوان "خفی" پیدا می‌کند. مثال این امر، لفظ "سارق" است و به هر کسی که مال دیگری را از حرز مخصوص آن مخفیانه برباید انطباق دارد. زیرا سرقت ربایش مخفیانه‌ی مال غیر، از حرز مخصوص آن است. ولی در انطباق آن بر طرار یا نشال (جیب‌بر)، نوعی از پیچیدگی و ابهام وجود دارد. زیرا جیب‌بر، مال شخصی را که بیدار است با تردستی و دور از نگاه‌های آگاهانه‌ی دیگران می‌رباید، این فرد صفتی زاید بر سارق دارد که همان جرئت وی در سرقت است و از این رو نیز نام خاص دارد. و هم‌چنین است "نباش" یا کفن‌دزد که به موجب یک رأی با سارق این تفاوت را دارد که چیزی را بر می‌دارد که ملک کسی نیست و یا به موجب رأی دیگری، از حرز برنمی‌دارد. پس دلالت لفظ سارق بر جیب‌بر و کفن‌دزد "خفی" و ابزار از میان بردن این "خفا" بحث و اجتهاد است. اگر به نظر قاضی، لفظ سارق آن دو را در برمی‌گیرد، جیب‌بری و سرقت کفن را از مصادیق لفظ دانسته، حکم سرقت را بر آنها جاری خواهد ساخت و اگر به نظر وی به هیچ یک از طرق دلالت، بر آن دو دلالت ننماید، حکم سرقت را به آنها بار نخواهد کرد. این توضیح لازم است که مجتهدان اجماعاً جیب‌بر را سارق دانسته‌اند ولی در مورد کفن‌دزد، اختلاف نظر دارند.

۱۵۲. مشکل: لفظی است که از حیث ساختاری بر مقصود خود دلالت نمی‌کند ولی ممکن است با کمک قرینه‌ی خارجی تعیین کرد که مراد لفظ چیست، مانند "لفظ مشترک" که بر بیش از یک معنی وضع شده است. در ظاهر لفظ صیغه چیزی نیست که نشان دهد مقصود شارع کدام است بلکه باید آن را به کمک قرینه‌ی خارجی تعیین کرد، مثل لفظ "قرء" در این آیه: «والمطلقات یتربصن بانفسهن ثلاثة قروء» که هم بر حیض و هم بر پاک شدن از آن دلالت می‌کند و در ظاهر لفظ، چیزی نیست که مقصود شارع را بیان کند.

گاهی اشکال از تقابل چندین "نص" به وجود می‌آید به این معنا که هر "نص" به تنهایی دلالتش معلوم است و هیچ اشکالی ندارد و اشکال در صورتی به وجود می‌آید که آنها با یکدیگر جمع شوند.

راه از بین بردن اشکال! مشکل "اجتهاد است، قاضی اگر ببیند که در متن قانونی یک لفظ مشترک به کار رفته است، برای تعیین مقصود و مراد لفظ و به منظور از میان بردن اشکال به قراین و سایر ادله‌ی شرعی توسل می‌جوید و اگر با نصوصی مواجه گردد که در ظاهر با یکدیگر مخالف و متناقض هستند، وظیفه دارد آنها را به کیفیتی تأویل و تفسیر کند که با هم‌دیگر سازگار و موافق باشند و اختلاف ظاهری از میان برود. البته یادآور می‌شویم که قاضی در تأویل و تفسیر خود باید بر نصوص دیگری متکی باشد و بر آنها اعتماد کند و یا اصول کلی شریعت و فلسفه‌ی قانون‌گذاری در آنها را مدنظر قرار دهد.

۱۵۳. مجمل: مجمل لفظی است که صیغه‌ی آن بر معنایش دلالت نمی‌کند و قراین لفظی و یا حالی، هم‌راه آن نیست تا "مراد" از لفظ را بیان کند، مانند الفاظی که شارع، آنها را از معنای لغوی نقل و برای اصطلاح خاص شرعی وضع کرده است، نظیر لفظ صلوة، زکات و صیام و هر لفظ دیگری که معنای خاص شرعی آن که غیر از معنای لغوی باشد، مراد "شارع" است. پس اگر چنین لفظی در یک "نص" به کار گرفته شود تا زمانی که خود شارع آن را تفسیر نکرده است، مجمل خواهد بود، و از این روست که در مورد تفسیر نماز و بیان ارکان و شروط و کیفیت آن، سنت عملی و قولی وجود دارد، هم‌چنان که در مورد زکات و روزه و هر آنچه در آیات قرآن به صورت مجمل آمده، چنین سنتی موجود است.

لفظ «القارعه» از الفاظ مجمل قرآنی به حساب می‌آید، لفظ عجیبی که قرآن آن را تفسیر کرده است. در این کلام خداوند می‌فرماید: «قارعه چیست، کدام قارعه؟ تو چگونه تصور توانی کرد که قارعه چیست؟ قارعه روزی است که در آن مردم مانند ملخ به هر سو پراکنده و کوه‌ها از هیبت آن هم‌چون پشم حلاجی شده متلاشی شوند».

هر لفظی که شارع معنای خاصی را از آن اراده کرده است و در صیغه‌ی لفظ و یا در قراین خارجی، چیزی نیست که مقصود آن را بیان کند، "مجمل" است، و فقط باید شارع آن را توضیح دهد و اجمالش را از میان ببرد والا هیچ توضیحی ندارد.

اگر از طرف شارع در توضیح مجمل بیانی وارد شود، ولی این بیان، وافی به مقصود نباشد، لفظ مجمل از "باب مجمل" رها شده است و در دایره‌ی "مشکل" قرار می‌گیرد و در این صورت وظیفه‌ی قاضی خواهد بود که با اجتهاد خود در رفع اشکال بکوشد بدون آن که نیازمند بیان یا تفسیر تازه‌ای از طرف شارع باشد.

۱۵۴. متشابه: متشابه لفظی است که "صیغه"ی آن بر معنا و مراد لفظ، دلالت نمی‌کند و قراین خارجی برای مقصود آن وجود ندارد و شارع اطلاع و علم به آن را در اختیار خود دانسته و تفسیر نکرده است.

در نصوص تقنینی، و در آیات‌الاحکام و یا احادیث‌الاحکام لفظ متشابهی که مراد از آن معلوم نباشد، وجود ندارد؛ بلکه الفاظ متشابه در موارد دیگری هست که به عنوان نمونه، حروف مقطعه را، که بعضی از سوره‌های قرآن با آنها آغاز می‌شود می‌توان نام برد.

۱۵۵. ثالثاً ـ اشتراک و عموم و خصوص الفاظ: هر لفظی از جهت معنایی که برای آن وضع شده است "ما وضع له" بر سه قسم است: مشترک، عام و خاص:

۱۵۶. لفظ مشترک: مشترک لفظی است که با وضع‌های متعدد و جداگانه برای دو معنا یا بیشتر وضع گردیده است و بر "ما وضع له" خود بر سبیل بدل دلالت می‌کند؛ یعنی بر این معنا دلالت می‌کند یا بر آن معنا، مانند لفظ قرء که هم بر حیض و هم بر پاک شدن از حیض دلالت می‌کند و مانند لفظ "ید" در آیه‌ی «والسارق و السارقة فاقطعوا ایدیهما» که هم دست راست و هم دست چپ و همین طور از سرانگشتان تا مچ‌ها و تا مرفق و تا کتف را هم معنا می‌دهد.

اشتراک ممکن است بین معنای لغوی و معنای اصطلاحی شرعی به وجود آید و ممکن است لفظ در چندین معنی لغوی، اشتراک داشته باشد.

در صورت نخست واجب است که لفظ را به معنای اصطلاحی شرعی حمل کنیم، مثلاً لفظ "طلاق" در لغت، به معنای باز کردن هر نوع گره و شرعاً برای فسخ نکاح وضع گردیده است، پس اگر بخواهیم معنای مقصود از این لفظ را در آیه‌ی: «الطلاق مرتان» بشناسیم، واجب است بدانیم که مقصود همان معنای اصطلاحی است.

در صورت دوم واجب است که لفظ را بر یکی از معانی لغوی که آن را با دلیل تعیین می‌کنیم حمل نماییم زیرا عقلاً شارع فقط یکی از معانی لفظ را قصد می‌کند: و برعهده‌ی قاضی است که به کمک قراین و اَمارات، معنای مقصود از لفظ را تعیین کند. از مثال‌های لفظ مشترک بین دو معنی لغوی، لفظ "واو" در این آیه‌ی مبارکه است: «ولا تاکلوا ممالم یذکر اسم الله علیه و انه لفسق» "واو" لفظ مشترکی است که در لغت، هم برای عطف استعمال می‌گردد و هم برای حال (واو حالیه) پس اگر "واو" را حالیه بدانیم عبارت چنین خواهد بود: «ولا تاکلوا مما لَمْ یذکر اسم الله علیه و الحال انه فسق»؛ یعنی به هنگام ذبح حیوان، نام غیر خدا بر آن خوانده شده است. اگر آن را "واو" عطف تلقی کنیم، نهی خداوند، ناظر بر خودداری از خوردن حیوانی خواهد بود که به هنگام ذبح نام خداوند خوانده نشده است؛ اعم از آن که نام غیر خداوند هم خوانده شود و یا خوانده نشود.

معانی لفظ مشترک هر تعداد که باشد، شارع (مقنن) فقط یکی از آن معانی را قصد کرده است. زیرا معانی متعدد بر "سبیل بدل" وضع می‌شوند. و نیز بعضی از معانی با یکدیگر متضادند، اگر میان آنها جمع شود، از یک لفظ در آن واحد دو معنای متضاد قصد خواهد شد و چنین کاری، صحیح نیست.

۱۵۷. لفظ عام: لفظی است که بر معنای واحد وضع شده است ولی این معنی، مصادیق متعدد و نامحدودی دارد و با همان وضع لغوی بر کلیه‌ی مصادیق خود شامل می‌گردد، مانند لفظ "وصیت" در این کلام پیامبر اکرم (ص) که می‌فرماید: «لاوصیة لوارث» این کلمه با وضع لغوی خود هر نوع وصیتی را در بر می‌گیرد زیرا نکره در سیاق نفی، بر عموم دلالت می‌کند.

فرق میان لفظ مشترک و لفظ عام در این است که اولی برای معانی متعدد وضع می‌شود اما لفظ عام بر یک معنی وضع می‌گردد که مصادیق و افراد زیادی دارد. الفاظی که افاده‌ی عموم می‌کنند منحصر به هفت نوع ذیل است:

۱ـ لفظ "کل" و "جمیع": هر یک به تمامی افرادی که به آنان نسبت داده می‌شود شامل می‌گردد، مانند این فرمایش خداوند که «کل امرئ بماکسب رهین» (هر نفسی در گرو عملی است که بر خود اندوخته است).

۲ـ لفظ مفردی که با "ال" جنس معرفه شود، مانند این آیه: «والسارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما» و «و احل الله‌البیع و حرم‌الربا». پس مراد، جنس سارق و جنس بیع و جنس رباست و چون جنس، در هر فرد خود محقق است، پس این آیه در مورد هر سارق و هر بیع و هرگونه ربا انطباق دارد.

۳ـ اسم جمعی که با "الف و لام" جنس و یا در اثر "اضافه" معرفه شود. مثال نوع اوّل مانند: «والمطلقات یتربصن بانفسهن ثلاثة قروء» و مثال نوع دوم مانند: «حرمت علیکم امهاتکم» که مطلقات اسم جمع است و الف و لام جنس به اوّل آن داخل شده و امهات هم در اثر اضافه، معرفه گردیده است.

۴ـ اسم نکره در سیاق نفی، مانند قول پیامبر (ص) که می‌فرماید: «لایقاد والد بولده» و یا «لاوصیة لوارث» شاهد مثال "والد" و "وصیت" است.

۵ـ اسم موصول مانند: «والذین یرمون‌المحصنات ثم لم یاتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة» شاهد مثال، "الذین" است که افاده‌ی عموم می‌کند.

۶ـ اسم شرط مانند: «و من یقتل مؤمناً متعمداً» و «ولا تکتموا الشهادة و من یکتمها فانه آثم قلبه» شاهد مثال، در هر دو آیه "من" است که اسم شرط می‌باشد.

۷ـ اسم استفهام مانند: «من ذالذی یقرض‌الله قرضاً حسناً فیضاعفه له» که "من" در این آیه اسم استفهام است و افاده‌ی عموم می‌کند.

هر یک از انواع الفاظ مزبور با وضع لغوی افاده‌ی عموم می‌کنند و یکایک افراد خود را در بر می‌گیرند.

۱۵۸. دلالت لفظ عام قطعی است: اگر در یک عبارت شرعی "لفظ عام" آورده شود و بر تخصیص آن، دلیل اقامه نگردد، واجب است که به عموم خود حمل شود. زیرا در لغت به همین عموم وضع گردیده و دلیلی بر انصراف آن از "ماوُضِعَ" اقامه نشده است و ثبوت حکم مقید، در عبارت مزبور، نسبت به تمامی افراد آن قطعی است و ظنی نیست زیرا چنانچه لفظ به صورت مطلق به کار رود قطعاً ملازم معنایش خواهد بود، این سخن معنای قاعده‌ی اصولی است که می‌گوید: «لفظ عامی که مخصص ندارد همه‌ی افراد خود را در برمی‌گیرد».

اگر بر تخصیص عام، دلیل اقامه گردید واجب است آن را بر افراد باقی مانده حمل کنیم در این صورت حکم مقید، در عبارت، نسبت به این افراد، ظنی خواهد بود نه قطعی، زیرا نصی که عام را تخصیص داده لابد متضمن علتی است، و این علت چه بسا بعد از تخصیص، در افراد باقی‌مانده هم به وجود آید، پس مثل این است که تخصیص اوّل هر یک از افراد باقی‌مانده را هم تخصیص داده است و به دلیل همین احتمال است که گفته می‌شود، دلالت عام پس از تخصیص نسبت به بقیه‌ی افراد قطعی نیست. از مثال‌هایی که در این زمینه می‌توان آورد این آیه است: «واحل لکم ماوراء ذلکم».[1] این آیه‌ی مبارکه عام است ولی رسول اکرم

---

۱. ازدواج با دیگر زنان بر شما حلال است.

(ص) آن را تخصیص داده می‌فرماید: «یحرم من‌الرضاع ما یحرم من‌النسب»؛ یعنی زنانی که بنابر رابطه‌ی سببی، ازدواج با آنها حرام است، همان زنان در اثر شیرخوردن هم حرام می‌شوند با باز شدن باب این تخصیص برای مجتهدان، آنان مصاهرت را هم به رابطه‌ی نسبی قیاس کردند و گفتند زنانی که در اثر مصاهرت ازدواجشان حرام است، در اثر شیرخوردن هم حرام می‌شوند. هم‌چنان که در روایت هم، «مایحرم من‌النسب» در اثر رضاع و شیر خوردن حرام دانسته شده است.

۱۵۹. نتیجه‌ی قطعی بودن دلالت عام چیست؟ این قطعیت دو نتیجه‌ی مهم دارد:

نتیجه‌ی اوّل آن که عام در آیات قرآن و یا سنت متواتر، بدواً با قیاس یا سنت غیرمتواتر تخصیص نمی‌یابد. زیرا این هر دو ظنّی‌الدلاله‌اند و ظنّی نمی‌تواند "قطعی" را تخصیص دهد. اما اگر عام مزبور با یک نص قطعی تخصیص داده شد، بعداً با قیاس و سنت غیرمتواتر هم ممکن است تخصیص یابد، زیرا در اثر تخصیص نخست، ظنّی‌الدلاله گشته است و از این رو، تخصیص آن با نصی چون خود، بلامانع خواهد بود.

نتیجه‌ی دوم آن که چنانچه عام تخصیص نایافته بر حکمی دلالت نماید و نص خاصی برخلاف آن دلالت کند، آن دو معارض‌اند، زیرا هر دو در قطعی‌الدلاله بودن مساوی هستند. ولی اگر عام مزبور تخصیص یافت، دیگر ممکن نیست با نص خاصی معارض باشد زیرا با این عمل ظنی‌الدلاله گردیده و از معارضه با قطعی‌الدلاله ناتوان است، از این رو آنچه دلالتش قطعی است، ترجیح دارد.

البته برخی از فقها عقیده دارند که عام همیشه ظنی‌الدلاله است، زیرا بررسی احصایی نصوص شرعی نشان می‌دهد که هیچ عامی به شکل نخستین و عمومی خود نمانده است و این قاعده شهرت یافته است که «ما من عام الّا وقدخص».

به موجب این رأی، قیاس و سنت غیرمتواتر ابتدا امکان تخصیص عام قرآنی و سنت متواتر را دارند و اگر نص عام، بر یک حکم و نص خاص برخلاف دلالت کنند با هم‌دیگر معارض نخواهند بود، بلکه نص خاص که قطعی‌الدلاله است مقدم گرفته می‌شود. قاعده این است: از آنجا که قطعی با ظنی، برابر نیست معارض هم نخواهند بود؛ زیرا فقط میان دو حکم مساوی و برابر، تعارض تصورپذیر است.

۱۶۰. تخصیص عام: مقصود از تخصیص عام این است که فاقد عمومیت باشد و فقط شامل برخی از مصادیقش شود، به‌طوری که بعد از تخصیص، فقط مصادیق باقی‌مانده‌ی تحت

حکم عام باقی بمانند. تخصیص عام همواره با دلیل هم‌راه و این دلیل هم بر دو نوع است: دلیل مستقل، و دلیل غیرمستقل.

۱۶۱. دلیل غیرمستقل: دلیل غیرمستقل جزئی از عبارت نص عام است مانند استثنای موجود در این آیه‌ی مبارکه: «والذین یرمون المحصنات ثم لم یاتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانین جلدة، و لا تقبلوا لهم شهادة ابداً، و اولئک هم‌الفاسقون الا الذین تابوا من بعد ذلک و اصلحوا» شاهد مثال، "الا" ست که خود جزئی از عبارت عام بوده و آن را تخصیص داده است.

۱۶۲. دلیل مستقل: دلیل مستقل از اجزای عبارت نص عام نیست، این دلیل خود بر سه نوع است:

نوع اوّل ـ اصول کلی شرعی: بنابر این اصول، احکام عام شرعی تخصیص می‌یابند، مانند احکام کلی تکلیف که بدون تخصیص آمده‌اند. چون این نصوص فقط بر کسانی که اهلیت تکلیف دارند منطبق است، افراد فاقد اهلیت مانند دیوانگان و اطفال براساس اصول کلی شرعی، مشمول آنها نیستند. پس مانند آن است که این اصول، نصوص عام شرعی را تخصیص داده باشند.

نوع دوم ـ عرف: گاهی بنابر عرف، نصوص عمومی تخصیص می‌یابد و عام بر آنچه عرف اقتضا می‌کند، حمل می‌گردد؛ مانند قول پیامبر (ص) که می‌فرماید: «فقط سرقت ربع دینار و بالاتر، باعث قطع دست سارق می‌گردد». تعیین قیمت دینار به عرف مردم واگذار شده است.

نوع سوم ـ نص شرعی: گاهی نص عام با نص دیگری به شرط آن که از حیث قطعی یا ظنی بودن هم تراز و یا بالاتر از آن باشد، تخصیص می‌یابند، چنانچه برخی از سنن، سنن دیگر را به شرط آن که کلاً متواتر یا خبر واحد باشند، تخصیص می‌دهند.

سنت در صورت متواتر بودن، قرآن را تخصیص می‌دهد ولی با حدیث غیرمتواتر یا مشهور، تخصیص نمی‌یابد. هم‌چنان که خبر واحد هم، حدیث متواتر یا مشهور را تخصیص نمی‌دهد، زیرا قرآن قطعی است و حدیث متواتر و مشهور هم در حکم قرآنند. اما خبر واحد ظنی است.

۱۶۳. مقصود از تخصیص چیست؟ مقصود از تخصیص یا توضیح مراد و مقصود نص عام یا نسخ و یا ابطال حکم آن نسبت به برخی از افراد عام است. قاعده در این باب، این است که

نص عام را فقط نصی که هم‌سطح آن یا در درجه‌ی بالاتر از آن قرار دارد توضیح می‌دهد و هم‌چنین تنها چنین نصی ممکن است آن را نسخ کند.

۱۶۴. لفظ خاص: لفظ خاص لفظی است که برای دلالت بر شخص خاصی مانند محد و یا برای واحدی از یک نوع مانند "مرد" و یا بر افراد متعدد معینی مانند اعداد ۳، ۱۰، ۱۰۰ و گروه و قبیله، و جمع و فرقه و الفاظی از این قبیل که بر تعدادی از افراد و نه بر همه‌ی آنها دلالت می‌کنند، وضع گردیده است.

۱۶۵. حکم لفظ خاص: چنانچه لفظ خاصی در یک متن شرعی آورده شود، بر "ماوضع له" خود به صورت قطعی دلالت می‌کند، مانند: «فاجلدوهم ثمانین جلدة» و «فکفارته اطعام عشرة مساکین» کلمات ثمانین (هشتاد) و عشره (۱۰) به صورت قطعی بر معنایشان دلالت می‌کنند و در آنها احتمال زیاده و نقصان منتفی است.

ولی اگر برای تأویل لفظ خاص، معنی دیگری از آن اراده شد، واجب است آن را به مقتضای این دلیل حمل کنیم. هم‌چنان که لفظ شاة (گوسفند) در فرمایش پیامبر (ص) تأویل شده است. پیامبر می‌فرماید «زکات هر چهل گوسفند، یک رأس گوسفند است» از ظاهر حدیث چنین برمی‌آید که بازاء چهل رأس گوسفند یک رأس گوسفند به عنوان زکات داده شود. ولی حکمت و فلسفه‌ی قانون‌گذاری و اصول عمومی ایجاب می‌کند که لفظ "شاة" را تأویل کنیم و از ظاهر آن منصرف شویم. زیرا مقصود و هدف زکات رفع احتیاجات فقرا و تنگ‌دستان است، و این هدف هم‌چنان که با دادن گوسفند به دست می‌آید، پرداخت قیمت آن نیز همان هدف را متحقق می‌کند. و از این رو لفظ "شاة" را این گونه تأویل کرده‌اند که گوسفند داده شود و یا معادل قیمت آن به عنوان زکات تسلیم گردد. و به همین ترتیب "اطعام ده نفر مسکین" هم تأویل شده است، برخی گفته‌اند جایز است به یک نفر از آنها و چندین بار غذا داده شود، هم‌چنان که می‌توان هر ده نفر را به یکباره غذا داد.

۱۶۶. حالات لفظ خاص: لفظ خاص حالت‌های متعددی دارد، گاهی مطلق است و گاهی مقید، گاهی در صیغه‌ی طلب یعنی امر است و گاهی در صیغه‌ی نهی.

۱۶۷. مطلق و مقید: مطلق، لفظی است که بر معنای کلی از یک جنس بدون آن که مقید به هیچ قیدی باشد دلالت کند، مانند: مصری. و مقید لفظی است که بر فرد مقیدی دلالت دارد، مانند مصری مسلمان.

باید به اطلاق لفظ مطلق عمل کرد مگر آن که بر تقیید آن دلیل اقامه شود، در صورت ارائه‌ی چنین دلیلی، اطلاق بلاموضوع شده و معنای مقید، مقصود خواهد بود، مانند این آیه‌ی مبارکه، که می‌فرماید: «کتب علیکم القصاص فی‌القتلی» این آیه در هر قتل عمدی افاده‌ی اطلاق می‌کند، ولی پیامبر گرامی اسلام با مقید ساختن آن می‌فرماید: «لا یقاد والد بولده» با این قید، مراد آیه این است که قتل عمدی که از غیر پدر سر زده باشد، مستوجب قصاص است.

اگر در نص شرعی یک لفظ به صورت مطلق آمده باشد و در نص دیگری به صورت مقید استعمال گردد، چنانچه حکم و سبب آن در هر دو یکسان باشد، مطلق بر مقید حمل می‌شود و مراد از مطلق، همان مقید به حساب می‌آید زیرا با وصف اتحاد حکم و سبب، اختلاف در اطلاق و تقیید، متصور نیست. خداوند در سوره‌ی مائده می‌فرماید: «حرمت علیک‌المیتة والدم و لحم‌الخنزیر» لفظ دم (خون) در این آیه مطلق است. و در سوره‌ی انعام می‌فرماید: «بگو ای پیامبر در احکامی که به من وحی شده، چیزی که برای خورندگان طعام حرام باشد نمی‌یابم جز آن که حیوان مرده باشد یا خون ریخته شده یا گوشت خوک که پلید است». لفظ دم در این آیه مقید است. هر دو آیه در حکم "حرمت" است و در سبب آن که "خوردن خون" است، هم‌پوشانند.

اما اگر دو نص در حکم و سبب مختلف باشند، مطلق بر مقید حمل نمی‌شود، بلکه به هر نصی در "ماوضع له" آن عمل می‌شود. زیرا اختلاف حکم یا اختلاف سبب، علت اطلاق و تقیید به شمار می‌آید، مانند این آیه که می‌فرماید «و هر کس مؤمنی را به خطا کشت، یک برده‌ی مؤمن آزاد کند و خون‌بهای مقتول را به اولیای خون بپردازد» و این آیه که می‌فرماید: «و آنان که از زنان خود ظهار کنند آن‌گاه که از گفته‌ی خود برمی گردند، پیش از تماس و مجامعت برده‌ای آزاد کنند» هر دو آیه، یک حکم را (آزاد کردن برده را) بیان می‌کند ولی سبب حکم در هر دو مورد مختلف است در آیه‌ی اوّل سبب حکم "قتل" و در دومی ظهار است و همین اختلاف در سبب، باعث شده است که در مورد اوّل برده مقید به ایمان گردد؛ یعنی برده‌ی مؤمن آزاد شود ولی در حالت مظاهره، مقید نباشد. چون قتل تشدید مجازات را اقتضا می‌کند ولی مظاهره این اقتضا را ندارد و آزاد کردن هر برده‌ای کفایت می‌کند.

۱۶۸. صیغه‌ی امر: چنانچه لفظ خاص در صیغه‌ی امر، و یا در صیغه‌ی خبری که مقصودش امر است استعمال شود، مفید ایجاب است؛ یعنی الزاماً انجام‌دادن عمل "مأمور به" را از مخاطب می‌خواهد، مانند: «فاقطعوا ایدهما» و «والمطلقات یتربصن» آیه‌ی اوّل بریدن دست

سارق را واجب می‌داند و آیه‌ی دوم، حکم بر خودداری زن مطلقه از ازدواج تا گذشت سه طهر می‌دهد.

ولی اگر قرینه‌ای در کار باشد که صیغه‌ی امر را از حالت امری و الزامی بودن منصرف سازد، مدلول فعلی، صیغه‌ی مورد عمل خواهد بود، مانند: «کلوا و اشربوا» که در این حالت به "اباحه" دلالت می‌کند. و مانند این آیه‌ی قرآن: «وقتی به قرض و نسیه معامله کنید، تا زمانی معین، آن را بنویسید» که دلیل بر استحباب است و «اعملوا ماشئتم» که بر تهدید دلالت دارد. و «فأتوا بسورة من مثله» که بر ناتوانی مردم از آوردن سوره‌ای مانند یکی از سور قرآن دلالت دارد. و موارد دیگری که به‌دلیل وجود قرینه‌ی صیغه‌ی امر، دلالت دیگری دارد. بنابراین، چنانچه صیغه‌ی امر بدون قرینه باشد، فقط مفید ایجاب خواهد بود.

۱۶۸. مکرر ـ صیغه‌ی نهی: چنانچه لفظی در صیغه‌ی نهی و یا به شکل جمله‌ی خبری که در معنای نهی است وارد شود، افاده‌ی "حرمت" می‌کند؛ یعنی الزاماً خودداری از انجام‌دادن فعل نهی شده را از مکلف می‌خواهد، مانند قول خداوند که می‌فرماید: «فرزندان خود را از بیم گرسنگی به قتل نرسانید» و «اگر کسی از شما، از دین خود برگردد و در حال کفر بمیرد...».

اگر قرینه‌ای صیغه‌ی نهی را به معنای دیگری منصرف سازد، معنای مدلول، قرینه‌ی مورد عمل خواهد بود، مانند آیه‌ی «ربنا لاتزغ قلوبنا» که به معنای نیایش است. و «از چیزهایی که اگر فاش گردد، شما را بدآید سؤال نکنید» که به "کراهت" دلالت می‌کند.

گفتار دوم: قواعد قانون‌گذاری لازم‌الرعایه در تفسیر

۱۶۹. ماهیت این قواعد: علمای اصول به وضع برخی از قواعد قانون‌گذاری از استقرای احکام و علل آنها و از اصول کلی شریعت و روح تقنینی آن پرداخته‌اند که آگاهی به آنها برای هر کسی که در صدد تفسیر متون قانونی باشد، واجب است. زیرا این دانشمندان متوجه شده‌اند که مثلاً شارع مقدس از وضع شریعت، درصدد تحقق مقاصدی عام و کلی بوده است که برخی از آنان برای حمایت از حقوق جامعه وضع گشته است و برخی حمایت از حقوق افراد را مد نظر دارند و برخی نیز این دو هدف را توأمان دارا هستند. پس چنانچه قاضی و یا حقوق‌دان، این اعتبارات را مد نظر قرار دهد، در صورتی که حکم روشنی در کار نباشد، می‌توانند در شناخت احکام از استنباط و اجتهاد خود بهره جویند.

۱۷۰. مقاصد کلی شارع از حقوق اسلامی: شارع مقدس، احکام شرعی را بی‌جهت وضع نکرده، بلکه به قصد تحقق مقاصد کلی به وضع احکام مبادرت کرده است و زمانی متون شرعی حقیقتاً درک و شناخته می‌شوند که مقصود شارع از وضع آنها شناخته شود. زیرا گاهی در دلالت الفاظ و جملات بر معانی خود چندین وجه وجود دارد. چیزی که باعث ترجیح یکی از آنها می‌گردد، آگاهی از قصد شارع "مقنن" است. گاهی متون حقوقی با هم‌دیگر تعارض دارند، و این تعارض فقط با شناخت قصد مقنن برطرف می‌گردد. به این ترتیب، برای کسانی که می‌خواهند در حقوق اسلامی مطالعه کنند قبل از هر چیز آگاهی به مقاصد شارع، و وقایعی که به مناسبت و برای آنها آیات قرآن نازل گشته‌اند و یا در سنت راجع به آنها حکمی آمده، واجب است؛ تا به این طریق، فهم آیه و یا سنت متضمن حکم، برایشان آسان گردد. اسباب نزول آیات قرآن و ورود سنت در کتب تفسیر و فقه بیان شده است.

علمای اصول، مقاصد کلی شارع را از وضع شریعت در سه مقصود خلاصه کرده‌اند:

۱۷۱. مقصود اول: عبارت است از محافظت از هر چیزی که برای مردم جهت ادامه‌ی حیاتشان ضرورت دارد.

امر ضروری، چیزی است که زندگی مردم بر آن استوار است و وجودش برای رعایت منافع عامه، ضرورت دارد والّا نظام زندگی از هم می‌گسلد و هرج‌ومرج دامن‌گیر جامعه می‌شود و فساد گسترش می‌یابد.

امور ضروری برگشتشان بر پنج امر است: ۱ـ دین؛ ۲ـ جان و روح؛ ۳ـ عقل؛ ۴ـ نسل؛ ۵ـ مال. اسلام بر هر یک از این امور پنجگانه احکامی را مقرر داشته است که سبب ایجاد، تحقق، حفظ و صیانت آنها می‌گردد، پس هر حکمی که بر یکی از این امور ناظر باشد، حکم ضروری خواهد بود.

۱۷۲. مقصود دوم: برطرف کردن احتیاجات مردم. بشر در پیش‌رفت امور و تحمل بار تکلیف و مسئولیت‌های زندگی نیازمند تحقق و ایجاد زمینه و ابزار و امکاناتی است که مدام با آنها سروکار دارد. این نیاز همواره احساس می‌شود ولی به شکلی نیست که چنانچه نباشد، نظام زندگی مختل گردد و هرج‌ومرج رواج یابد؛ هرچند مردم از نبود آن دچار زحمت و مشقت می‌شوند. به این ترتیب امور مورد احتیاج مردم، همه‌ی آن امکاناتی است که گرفتاری مردم را رفع می‌کند و از زحمات تکلیف می‌کاهد و شیوه‌های رفتار متقابل و داد و ستد را آسان می‌سازد.

۱۷۳. مقصود سوم: تحقق آن چیزهایی است که باعث بهبود هرچه بیشتر زندگی اشخاص و جامعه می‌گردد. "امر تحسینی" افعالی است که آداب معاشرت و جوان‌مردی آن را اقتضا می‌کند و گردش امور مردم به بهترین راه بدان نیازمند است البته مانند "امر ضروری"، فقدان آن، باعث اختلال نظم جامعه نمی‌گردد و یا مثل "امر مورد احتیاج مردم" در صورت فقدان آن، باعث گرفتاری و مشقت نمی‌شود. ولی کاستی در آن باعث می‌شود که جامعه در درک و شناخت اندیشمندان و متفکران خود و تشخیص فطرت‌های سالم موفق نباشد. به این معنا، "امور تحسینی" به مکارم اخلاق و آداب و رسوم نیکو و هرآنچه مقصودش ادامه‌ی حیات مردم به برترین و بهترین شیوه است، برگشت خواهد داشت.

۱۷۴. ترتیب مقاصد کلی از حیث اهمیت آنها: "ضروریات" از بااهمیت‌ترین مقاصد شارع به حساب می‌آید زیرا عدم آنها باعث اختلال نظام و امنیت جامعه و گسترش آنارشیسم و هرج‌ومرج‌طلبی می‌گردد. "امور برطرف‌کننده‌ی احتیاجات"، اهمیت درجه دوم دارند زیرا عدم آنها، مردم و جامعه را در گرفتاری و تنگ‌دستی قرار می‌دهد و اسباب زحمت آنها می‌گردد. در مرحله‌ی بعد، "امور تحسینی" قرار دارد که فقدانش باعث فروپاشی نظم جامعه و انحلال آن نمی‌گردد و امنیت را مختل نمی‌سازد و مردم را دچار "حرج" نمی‌کند، بلکه عدم آنها جامعه را از زیبایی‌های مورد پسند متفکران محروم می‌سازد و از کمالات انسانی به دور نگه می‌دارد. لذا احکام متضمن "ضروریات" حتماً باید رعایت شوند و احکام متضمن "نیازمندی‌های مردم" اهمیت درجه دوم دارد و هکذا.

قاعده بر این است که چنانچه مراعات "حکم تحسینی" باعث اختلال در یک حکم متضمنِ "رفع احتیاج" مردم گردد، رعایت نشود. هم‌چنان که اگر رعایت "حکم متضمن نیازمندی‌ها" باعث اخلال در "حکم ضروری" گردد، رعایت نخواهد شد. و از این رو، مثلاً نشان دادن و باز کردن عورتین، چنانچه برای معالجه یا مداوای زخم باشد، مباح خواهد بود؛ زیرا ستر عورت یک امر تحسینی است ولی معالجه و درمان آن یک امر ضروری؛ و یا خوردن مأکول نجس برای مداوا و در حالت ضرورت، مباح است زیرا منع از نجاسات یک امر تحسینی و خوب است لکن مداوا و دفع ضرر، امر ضروری به حساب می‌آید.

"ادای فرایض" برای مکلفین واجب است؛ هرچند برایشان سخت و مشکل باشد زیرا "واجبات" از "ضروریات" به حساب می‌آید. رفع مشقت و سختی یک امر تحسینی است که در صورت معارضه با "امر ضروری" رعایت نمی‌شود.

نباید در احکام ضروری اخلال ایجاد کرد، مگر آن که رعایت آن باعث مختل شدن یک

حکم ضروری‌تر گردد، مثلاً برای حفظ دین، جهاد واجب است؛ هرچند باعث شود، جان انسان در معرض خطر و تلف شدن قرار گیرد. زیرا حفظ دین از حفظ تن بااهمیت‌تر است. برای کسی که مجبور است و یا مضطر، نوشیدن "خمر" مباح است، زیرا حفظ سلامت تن از حفظ "عقل" بااهمیت‌تر است. و اگر نجات جان از هلاکت، موکول به اتلاف مال باشد، انسان موظف است جان خود را برهاند و مال غیر را تلف کند زیرا حفظ جان از حفظ مال بااهمیت‌تر است.

۱۷۵. حقوق جامعه و حقوق اشخاص: بعضی از اعمالی که مکلفین انجام می‌دهند، خواه جرم باشد یا خیر، حق‌الله محض است و یا جنبه‌ی حق‌اللهی آن غلبه دارد و بعضی حق‌الناس و یا بعد حق‌الناسی آن غالب است.

وقتی فقها از "حق‌الله" نام می‌برند، مقصودشان "حق جامعه" است و آنچه مصلحت جامعه و حفظ نظم عمومی با آن محقق می‌گردد، و از آن رو "حق‌الله" نامیده‌اند که منفعت فرد معینی مقصود آن نیست و اشخاص ـ اعم از آن که حاکم باشند یا شهروند ـ حق ندارند آن را ساقط یا عفو کنند و یا در اجرای آن اهمال ورزند.

عبادات از حقوق‌الله محض یا به عبارت دیگر از حقوق جامعه به حساب می‌آید، مانند نماز و روزه و زکات و غیره. زیرا مقصود از آنها، اقامه‌ی دین است و دین در حقوق اسلامی، اساس نظم عمومی محسوب می‌شود. پس هر آنچه از عبادات و غیره با نظم عمومی جامعه در تماس باشد، حق‌الله محض به شمار می‌آید.

جزای نقدی و مجازات‌های جرایم عمومی از حق‌الله محض یا حق جامعه به حساب می‌آیند، مانند زنا و سرقت و محاربه. و هم‌چنین است مجازات‌های تعبدی مانند کفّاره و غیره که با حقوق جامعه در تماس است و اگر رعایت و اجرا نشود در امنیت و نظم و هم‌بستگی و اقتدار جامعه تأثیر منفی می‌گذارد.

برخی از اعمال وجود دارند که به زیان حقوق اشخاص هستند ولی جنبه‌ی عمومی آن غالب است، مانند "حق قذف". زیرا این بزه با آبرو و حیثیت افراد سروکار دارد و اگر "قاذف" کیفر ببیند، مصلحت شاکی رعایت می‌شود. هم‌چنان که در عدم اعلام اتهام مزبور نیز منفعت مقذوف رعایت می‌گردد. زیرا قاذف حق دارد صحت قذف را اثبات کند و اگر اثبات کند، چه بسا باعث حد خوردن مقذوف گردد. پس با آن که این جرم با آبرو و شرف اشخاص در تماس است، چون به دشمنی و مخالفت و آشفتگی اذهان و لکه‌دار شدن مادران و کودکان منتهی می‌گردد و نظام خانواده را در معرض تشکیک قرار می‌دهد، "حد قذف" حق‌الله قرار داده

شده است و بر جنبه‌ی حق‌الناسی آن غلبه دارد، به نحوی که وقتی بزه قذف ثابت شد، مقذوف حق ندارد از آن بگذرد یا از میزان مجازات بکاهد؛ هرچند در اعلام شکایت اولیه محق باشد.

در برخی از اعمال هم، جنبه‌ی حق‌الناسی بر بعد عمومی غالب است، مانند: قتل عمد. این بزه، هم امنیت جامعه و نظم آن را و هم منافع اشخاص را در معرض خطر قرار می‌دهد و کیفر آن هم، برای رعایت مصلحت جامعه است و هم مصلحت افراد. ولی صاحبان حق می‌توانند از مجازات قصاص یا دیه بگذرند. و با همین ویژگی، بعد حق‌الناسی و خصوصی آن بر جنبه‌ی عمومی‌اش غلبه یافته است.[1]

اعمالی که صرفاً جنبه‌ی خصوصی دارند آنهایی هستند که استیفا یا عدم آن به عهده‌ی اشخاص گذاشته شده است، مانند وصول طلب و نگهداری و حبس عین مرهونه از سوی مرتهن و مطالبه‌ی دیه‌ای که در مقابل عمل متهم قرار داده شده است.

با آن که فقها، حقوق را به حقوق‌الله و حقوق‌الناس تقسیم می‌کنند، غالب آنها، به حق، عقیده دارند که، هر حقی ـ اعم از آن که عمومی باشد یا خصوصی ـ حق‌الله یا به عبارت دیگر حق عمومی است، زیرا هر حکم شرعی برای آن که عمل شود و امتثال گردد، وضع می‌گردد و خدا بر بندگانش این حق را دارد که اوامر او را اجرا کنند و از "نواهی" اجتناب ورزند و به دین او عمل نمایند. پس از این حیث، هر حکمی دربرگیرنده‌ی "حق‌الله" است. و اگر گفته می‌شود که فلان حق، فقط جنبه‌ی خصوصی دارد، بسیار مجازی و دور از حقیقت است و به طور مطلق نمی‌توان گفت سخن صحیحی است، بلکه فقط از این جهت می‌توان گفت صحیح است که در آن حق، غلبه با حق فرد است. و هم‌چنین اگر گفته می‌شود، فلان حق، حق‌الله محض است، بدون تردید، هم‌اکنون یا در آینده با منافع اشخاص در تماس است و یا خواهد بود. زیرا شریعت اسلام برای تحقق مصالح و منافع بندگان خدا وضع گردیده است.

۱۷۶. اجتهاد: در اصطلاح "تلاش برای دست‌یابی به شناخت حکم شرعی از راه دلیلی که شارع برای رسیدن به احکام وضع کرده است" اجتهاد نامیده می‌شود.

قاعده‌ی کلی این است: اگر حکم صریح و روشن بوده و "ورود و دلالت"اش قطعی باشد، برای اجتهاد شخصی مجال نمی‌ماند و باید حکم مزبور دقیقاً رعایت شود زیرا "قطعی الورود" است؛ یعنی شک نداریم که از جانب خداوند یا رسول او وارد شده است

---

۱. مراجعه کنید به شماره‌های ۳۸۱ همین جلد و ۳۴ جلد دوم.

پس "ورود" آن محل بحث نیست. و چون "قطعی‌الدلاله" است، "معنای" آن نیز محل بحث نیست. از این قبیل است آیاتی که محکم، و خود، تفسیر شده‌اند؛ مانند «الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة» که در مجازات زانی با شلاق و در تعداد ضربات جایی برای اجتهاد باقی نگذاشته است. و هم‌چنین در سایر کیفرهای مقرر و تعیین شده، اجتهاد جایی ندارد. سنن متواتره‌ای که به خودی خود تفسیر شده است، مانند آیات محکم و تفسیر شده‌ی قرآنی هستند.

اما اگر حکم، ظنی‌الورود و یا ظنی‌الدلاله باشد، جا برای اجتهاد باز می‌شود و مجتهد حق دارد از حیث سندِ دلیل و راه وصول آن به دست ما و از جهت دلالت آن بر معنایش، بحث و بررسی کند.

در مواردی که اصلاً حکم شرعی وارد نشده است، "اجتهاد" دامنه‌اش وسیع و گسترده می‌شود. مجتهد در شناخت حکم قضیه، می‌تواند از قیاس، استحسان، استصحاب یا عرف، و یا مصالح مرسله بهره جوید. در مسائل مدنی و شخصی و هم‌چنین در آیین دادرسی کیفری نیز می‌توان از شیوه‌ی فوق بهره‌مند شد. ولی استفاده از این شیوه در تعیین جرایم و مجازات‌ها ممکن نیست. زیرا جرایم و مجازات باید حکم صریحی داشته باشند و هم‌چنان که در مطالب پیشین بیان شد در آنها از قیاس و غیره نمی‌توان بهره جست.

۱۷۷. **بحث پایانی قواعد تفسیر:** قواعد کلی لغوی و تشریعی که از طرف فقها برای تفسیر نصوص شرعی وضع گردیده است، به نظر خوانندگان و علاقه‌مندان رسید. قاضی وظیفه دارد که در فهم احکام و شناخت گستره‌ی آنها و وقایعی که در حیطه‌ی این احکام قرار می‌گیرند از آنها استعانت جوید. هم‌چنان که این قواعد ــ از طرف دیگر ــ در شناخت حکمی که واجب است اعمال می‌گردد، به قاضی کمک می‌کند، و به او می‌گوید که تا کجا در تفسیر حکم یا اعمال و یا ابطال آن اقتدار دارد.

قاضی مدنی حق دارد از این قواعد به صورت گسترده و وسیع بهره جوید و در هنگام تفسیر یک حکم قانونی، قیاس و عرف و عدالت و دیگر اعتبارات را مد نظر قرار دهد ولی قاضی کیفری در تفسیر حکم و انطباق آن بر واقعه‌ی مجرمانه‌ی تحت رسیدگی خود، مقید است و حق ندارد از طریق قیاس یا عرف و یا استحسان، جرم یا مجازات جدید بیافریند؛ هرچند قضیه‌ی مطروحه برخلاف اخلاق حسنه باشد. هم‌چنین قاضی کیفری حق ندارد مخالف صریح قانونی حکم دهد؛ هرچند اوضاع و احوال و ملاحظات، موجب روال دیگری بشود. او در هر حال موظف است دو اصل و مبنای اساسی شرعی را رعایت کند.

اولین آنها فرمایش پیامبر (ص) است که فرمود «ادرئوالحدود بالشبهات» و دومین آنها این است که «اگر امام در بخشیدن یک گناه‌کار اشتباه کند بهتر است از آنچه در مجازات خطا کند» این دو اصل ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱۷۸. اصل اول ـ درءالحدود بالشبهات: قاعده‌ی کلی حقوق اسلامی این است که "حدود در صورت وجود شبهه، ساقط می‌شوند". حدود همان مجازات‌های مقدر و تعیین شده است که عبارت‌اند از مجازات و کیفرهای جرایم حدود، کیفرهای جرایم قصاص و دیه. کیفرهایی که برای جرایم تعزیری تعیین شده‌اند، حدود نامیده نمی‌شوند، زیرا این مجازات‌ها مجازات‌های غیرمقدر و نامعین به شمار می‌آیند.[1]

پایه‌ی این قاعده، سخن پیامبر (ص) است که می‌فرماید: «حدود را با شبهات ساقط کنید» این حدیث که مورد قبول امت اسلام قرار گرفته و فقهای بلاد اسلامی در آن اجماع کرده‌اند پایه و مبنای قاعده‌ی مزبور است و صحابه پس از وفات حضرت رسول به آن عمل کردند. از عمربن‌خطاب روایت شده است که گفت: «اگر قرار باشد که حدود را در صورت وجود شبهه اجرا نکنم و یا با وجود شبهه اجرا کنم، شق اوّل را که برایم پسندیده و مطلوب است انتخاب می‌کنم».[2]

احادیث و مأثورات فراوانی که از پیامبر (ص) و صحابه نقل شده‌اند درستی این قاعده را تأیید می‌کند از آن جمله است زمانی که ماعز نزد حضرت رسول آمد و به زنا اعتراف کرد. حضرت فرمود: «شاید او را بوسیده‌ای، یا به وی دست زده‌ای و یا بغل کرده‌ای» همه‌ی این‌ها برای آن بود که ماعز پس از اقرار به زنا، بگوید بلی. و یا سارقی را که به سرقت اعتراف می‌کرد به حضور ایشان آوردند به او فرمود: «آیا سرقت کرده‌ای؟ گمان نمی‌کنم سرقت کرده باشی!» و نیز از زن غامدیّه که به سرقت اعتراف می‌کرد شبیه به این مضمون را سؤال فرمود.

این جرایم از جرایم حدود به حساب می‌آیند و تنها دلیل وجود آنها "اقرار" است دیدیم که پیامبر (ص) در این موارد تلقین می‌فرماید که متهم از اقرارش عدول کند، اگر عدول از اقرار، در سقوط حد بدون تأثیر بود، این امر به پیامبر (ص) وحی نمی‌شد. اما این که چرا معدول از اقرار، حد را ساقط می‌کند، چون در قضیه، اقرار، تنها دلیل است و عدول از اقرار در درستی اقرار شبهه ایجاد می‌کند.

وقتی "شراحة همدانی" به حضور "امام" علی (ع) آمد و به زنا اعتراف کرد، به او گفت: «شاید، تو در حال خواب بودی او با تو نزدیکی کرده است؟ و یا شاید تو را مجبور ساخته

---

۱. مراجعه کنید به شماره‌های ۵۱، ۱۰۳ همین جلد و ۳ در جلد دوم.

۲. شرح *فتح‌القدیر*، جلد ۴، ص ۱۳۹.

است؟ شاید مولای تو، تو را به عقد او درآورده و تو انکار می‌کنی؟» و قصد علی (ع) از این سؤال‌ها، همان است که حضرت رسول (ص) قصد کرده بود.

از این رو برخی از فقها را عقیده بر آن است که اگر تنها دلیل اتهام، اقرار متهم است، استحباب دارد قاضی رجوع از اقرار را به وی پیش‌نهاد کند.[۱]

۱۷۹. تعریف شبهه: شبهه چیزی است که شبیه ثابت است ولی ثابت نیست؛[۲] یا شبهه چیزی است که در شکل ظاهر و صورت "مبیح" وجود دارد ولی حکم و یا حقیقت ندارد[۳] از مثال‌هایی که برای "شبهه" می‌توان آورد عبارات ذیل است:

(۱) شبهه‌ی ملک در سرقت مال مشترک. کسی که از مال مشترک با دیگری سرقت می‌کند حد نمی‌خورد. زیرا اولاً سرقت عبارت است از "ربایش مخفیانه‌ی مال غیر". ثانیاً متهم در صورت فوق، فقط مال غیر را سرقت نمی‌کند بلکه مالی را می‌دزدد که چسبیده به مال خود او نیز هست.

(۲) شبهه‌ی ملک در سرقت پدر از پسر: در صورتی که پدر مخفیانه از دارایی پسر خود سرقت کند، مشمول تعریف سرقت می‌گردد و شایسته‌ی مجازات قطع هم هست ولی بنا به وجود شبهه‌ی مالکیت پدر در مال فرزند، حد قطع ساقط می‌گردد. اساس این شبهه فرمایش پیامبر (ص) است که فرمود: «تو و دارایی‌ات متعلق به پدرت هستید».

(۳) شبهه‌ی ملک در لواط با زوجه. نزدیکی از دبر با زوجه برای زوج حرام است و فقها آن را زنا تلقی کرده‌اند ولی حد را ساقط می‌دانند زیرا عقد ازدواج، زوجه را در مالکیت زوج قرار می‌دهد و به او حق تمتع از تمامت جسم زن را می‌بخشد، ویژگی فوق این شبهه، را به وجود می‌آورد که شخص بتواند از دبر با زنش نزدیکی کند. و وجود همین شبهه باعث سقوط حد می‌گردد.

از مثال‌های دیگر شبهه، شبهه‌ی عدم ثبوت است. کسی که به ارتکاب یکی از جرایم حدود اقرار می‌کند و جز اقرار او دلیل دیگری نباشد، به همین اقرار مجازات می‌شود و اگر از اقرار خود عدول کند، "شبهه‌ی عدم ثبوت" به وجود می‌آید، زیرا احتمال دارد که اقرار متهم ناصحیح بوده باشد و نتیجه‌ی قیام این شبهه، سقوط حد است. و نیز چنانچه گواهان از شهادتشان برگردند و دلیلی جز گواهی آنان بر وقوع جرم نباشد، حد ساقط می‌شود.

---

۱. شرح *فتح القدیر*، جلد۴، ص ۱۲۱.

۲. مقصود از ثبوت، فقط ثابت شدن فعل "جرم" نیست بلکه ثبوت معنای عام ندارد که هم ثبوت فعل و هم ثبوت حکم آن را شامل می‌گردد. *همان*، ص ۱۴۰.

۳. وجودالمبیح صورة مع انعدام حکمه او حقیقته *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۱۵۲.

فقها در سقوط حدود با وجود شبهه اتفاق نظر دارند ولی در خود شبهات و این که چه چیزی شبهه به حساب می‌آید نظرهای متفاوت ارائه می‌کنند، موردی که به نظر برخی شبهه محسوب شود و حد را ساقط کند، در نظر گروهی دیگر، شبهه نیست. مثال‌های فراوانی در این مورد وجود دارد:

در مورد کسی که زنی را در بستر خود می‌یابد و به این گمان که همسر خود اوست، با وی هم‌بستر می‌شود، به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد،[۱] حد زنا درباره‌ی او ساقط می‌گردد. زیرا معتقدند که حضور زن در فراش مرد، شبهه‌ای است که ادعای مرد را، دایر بر این که "گمان کرده زن خودش می‌باشد" تأیید می‌کند. اما ابوحنیفه،[۲] حضور زن را در فراش مرد شبهه به شمار نمی‌آورد، زیرا گاهی ممکن است در فراش مرد، غیر همسر او، زن دیگری از خویشاوندان و یا میهمانانش بخوابد.

به نظر ابوحنیفه، اگر کسی با فردی از محارم خود ازدواج کند، حد زنا ساقط است چون "شبهه‌ی عقد" وجود دارد. ابویوسف و محمد در این مسئله با وی مخالف‌اند.[۳] و با مالک و شافعی و احمد موافق‌اند که می‌گویند: اگر متهم به حرمت ازدواج آگاه باشد، شبهه‌ی عقد، حد زنا را ساقط نمی‌کند.[۴]

در هر نکاحی، که در بطلان آن اجماع وجود دارد مانند نکاح پنجم، یا ازدواج با زن شوهردار یا در حال عده و یا با مطلقه‌ی ثلاثه، هرچند متهم به حرمت آگاه باشد از نظر ابوحنیفه حد زنا ساقط است. زیرا به نظر وی، عقد نکاح شبهه محسوب می‌گردد و شبهه، حد را ساقط می‌کند.[۵] مالک و شافعی و احمد که "عقد" را شبهه به شمار نمی‌آورند در حالت‌های مزبور حد را ساقط نمی‌دانند.[۶]

به نظر ابوحنیفه، کسی که زنی را برای زنا اجاره می‌کند، به سبب وجود شبهه‌ی عقد، حد نمی‌خورد، در این مسئله، ابویوسف و محمد با وی مخالف و با مالک و شافعی و احمد موافق هستند.[۷] و می‌گویند حد زنا به سبب شبهه‌ی عقد ساقط نمی‌گردد، زیرا این عقد، عقدی نیست که با تحقق آن، زن بر مرد مباح و حلال گردد. استدلال ابوحنیفه چنین است که

---

۱. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۶؛ *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۷۸؛ *المغنی*، جلد ۱۰، ص ۱۵۵.
۲. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۱۴۷.
۳. *همان*، ج ۴، ص ۱۴۷.
۴. *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۷۶؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۷؛ المغنی، ج ۱۰، ص ۱۵۴.
۵. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۱۴۳، ۱۴۸ و ۱۴۹.
۶. *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۷۶، ۷۷ و ۸۰؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۶؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۱۵۴.
۷. *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۷۶؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۷.

عقد، عقد منفعت است و زانی در اثر زنا، استیفای منفعت می‌کند، پس عقد، موجب شبهه است.[۱]

ابوحنیفه در سرقت چیزی که اصالتاً برای هر کس مباح بوده است (مباح الاصل)، حد را ساقط می‌داند، مانند سرقت آب پس از به حرز درآمدن و صید، پس از شکار شدن؛ زیرا هر دوی آنها در اصل برای هر کسی مباح بوده‌اند و در آنها شرکت عمومی برقرار است "چنین وضعیتی پس از به حرز درآمدن مال هم، در مباح بودن آن شبهه به وجود می‌آورد و مشارکت همگانی بعد از احراز مال نیز در پایدار ماندن شرکت، موجب شبهه می‌شود"[۲] اما مالک و شافعی و احمد، حد را ساقط نمی‌دانند زیرا "مباح الاصل" بودن را شبهه به حساب نمی‌آورند.[۳]

از نظر ابوحنیفه، بی‌قیمتی و کم‌ارزشی مال مسروقه، شبهه محسوب می‌شود و حد را از سارق ساقط می‌کند و در نتیجه از نظر وی، سرقت خاک و گل و گچ و کاه و امثال آنها و علف هرزه و نی و خار و خاشاک موجب قطع دست سارق نمی‌شود و چنین استدلال می‌کند که مردم معمولاً با این امور، متمول به حساب نمی‌آیند و به دلیل نداشتن قرب و منزلت و کم‌خطری‌شان، درباره‌ی آنها تنگ‌نظری از خود نشان نمی‌دهند و اگر کسی چنین باشد، او را خسیس می‌شمارند. ابوحنیفه در توصیف شیء کم‌ارزش به عرف مردم و عادات آنها تکیه می‌کند، و البته قبول دارد که شیء کم‌ارزش ممکن است به سبب کاری که بر آن انجام می‌گیرد، قیمت پیدا کند، مانند ساقه‌ی نی که از آن تیر ساخته می‌شود. پس اگر شیئی کم‌ارزش از حالت خود خارج و ذی‌قیمت شود، سرقت آن موجب قطع دست خواهد بود. در این مورد ابویوسف با ابوحنیفه مخالف است و می‌گوید فقط سرقت خاک و فضله‌ی چهارپایان قطع دست ندارد و غیر از این دو، هر مالی که دارای قیمت است، مستوجب حد می‌گردد، از نظر وی، ملاک داشتن قیمت، مجاز بودن خرید و فروش مال است. مالک و شافعی و احمد با مذهب ابوحنیفه مخالف‌اند و کم‌ارزشی مال را در صورتی که قیمت آن به حد نصاب بالغ گردد، شبهه محسوب نمی‌دارند.[۴] ابوحنیفه در سرقت اموالی که سریع الفسادند مانند، غذا، رطب و حبوبات و گوشت و نان و از این قبیل، حد را ساقط می‌داند، ابویوسف با وی مخالف و با مالک و شافعی و احمد موافق است که اینان سریع‌الفساد بودن مال مسروق را شبهه به حساب نمی‌آورند.[۵]

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۴۸. ۲. همان، ج ۴، ص ۳۲۷.

۳. *شرح‌الزرقانی*، ج ۸، ص ۹۵؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۴۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۴۷.

۴. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۳۲۷؛ *شرح‌الزرقانی*، ج ۸، ص ۹۵؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۴۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۴۷ و *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۶۷ و ۶۸. ۵. منابع سابق.

ابوحنیفه سرقت در مسجد را به‌دلیل شبهه‌ی "نداشتن حرز"[1] مستوجب قطع دست نمی‌داند ولی مالک و شافعی و احمد، قطع دست را واجب می‌دانند زیرا درِ مسجد در حیطه‌ی "حرز" است و شبهه‌ی "عدم حرز" وجود ندارد.[2]

۱۸۰. انواع شبهه: فقهای شافعیه و حنفیه به تقسیم شبهه و بیان انواع آن اهتمام ورزیده‌اند. اما فقهای مالکی و حنبلی هرجا که لزوم آن حس شده، بدون آن که تقسیم‌بندی کرده باشند، شبهه را به صورت کلی بیان کرده‌اند. شافعیه، شبهه را بر سه قسم می‌دانند:

۱ـ شبهه در محل: مانند مقاربت با زوجه در حال حیض یا روزه و یا نزدیکی از دبر با همسر. در این موارد، شبهه در محل "جای" عمل حرام وجود دارد. زیرا محل اتیان فعل، ملک زوج است و او حق نزدیکی با همسرش را دارد؛ هرچند محق نیست در حال حیض و زمانی که زوجه روزه‌دار است و یا از دبر با وی مقاربت کند، اما همین مالکیت زوج، بر محل اتیان فعل و ذی حق بودن او، ایجاد شبهه کرده، باعث سقوط حد می‌گردد؛ خواه مرتکب، به حرمت عمل معتقد باشد و یا آن را حلال بشمارد. زیرا اساس شبهه بر اعتقاد و گمان مرتکب متکی نیست، بلکه اساس آن محل اتیان فعل و تسلط قانونی مرتکب بر آنجا است.

۲ـ شبهه در فاعل: مانند کسی که با زنی مقاربت کند که خود را به چهره‌ی همسر او درآورده بعداً معلوم شود که همسر فاعل نبوده است. در این مورد، شبهه بر اعتقاد و گمان مرتکب استوار است زیرا فاعل، عملی را انجام می‌دهد که به گمانش حرام نیست، و وجود همین گمان، ایجاد شبهه می‌کند و حد را ساقط می‌سازد، بنابر این، اگر فاعل، عملی را انجام دهد که می‌داند حرام است، شبهه به وجود نمی‌آید.

۳ـ شبهه در جهت: مقصود از این تعبیر آن است که فاعل در حلیت یا حرمت عمل اشتباه کند، این شبهه بر اختلاف نظر فقها در حکم فعل استوار است. پس هر آنچه فقها در جواز و یا حلال بودن آن اختلاف دارند ایجاد شبهه می‌کند و باعث سقوط حد می‌گردد، مثلاً ابوحنیفه ازدواج دختر بدون حضور و اجازه‌ی ولی را و مالک، عقد ازدواج بدون حضور شهود را مجاز می‌دانند. ابن عباس عقد متعه را اجازه می‌دهد. از این رو در نکاح‌های اختلافی فوق، نزدیکی مرد با زن، زنای مستوجب حد به شمار نمی‌آید بلکه وجود اختلاف نظر، شبهه محسوب می‌شود و حد را ساقط می‌کند؛ هرچند مرتکب و فاعل معتقد باشد که

---

۱. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۲۳۰.

۲. شرح *الزرقانی*، ج ۸، ص ۹۹؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۴۰؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۵۵.

عملش حرام است. زیرا این اعتقاد فی‌نفسه تا وقتی که حرمت و حلیت آن میان فقها مورد اختلاف است در عمل مزبور مؤثر نخواهد بود.[۱]

حنفیه شبهه را بر دو قسم می‌دانند:

اول ـ شبهه در فعل:[۲] این شبهه که شبهه‌ی اشتباه و شبهه‌ی مشابهت نیز نام دارد فقط در حق کسی مؤثر است که عمل ارتکابی، به واقع برای او مشتبه شده باشد و حلیت و حرمت عمل را نداند و در این میان دلیلی هم نباشد که مفید حلیت گردد، بلکه فاعل، امری را که در حقیقت دلیل نیست، دلیل حلیت بداند، مانند مردی که با همسر سه‌طلاقه‌ی خود در دوران عده نزدیکی کند.[۳]

به شرطی شبهه در فعل، موجود فرض می‌شود که اصلاً دلیلی بر حرمت عمل نباشد و فاعل به حلال بودن آن اعتقاد داشته باشد. اگر دلیل حرمت موجود، و اعتقادِ بر حرمت معدوم گردد، اساساً شبهه به وجود نمی‌آید.

دوم ـ شبهه در محل: از شبهه در محل به شبهه‌ی حکمی، یا شبهه‌ی ملک هم تعبیر می‌کنند. لازم است این شبهه از یک حکم شرعی ناشی گردد؛ مثلاً سرقت طبق صریح قرآن که می‌فرماید «والسارق والسارقه فاقطعوا ایدهما» حرام است. و پیامبر (ص) می‌فرماید «انت و مالک لابیک». حکم دوم به خودی خود در اعمال حکم اوّل که سرقت را حرام دانسته و مجازات آن را قطع دست قرار داده است ایجاد شبهه می‌کند. زیرا فرزند و دارایی او را ملک پدر می‌داند. پس چنانچه پدر از دارایی فرزند سرقت کند در حکم آن است که مال خود را سرقت کرده است. به این ترتیب "شبهه در محل" یا "شبهه‌ی حکمی" در صورتی به وجود می‌آید که دلیل شرعی دیگری در میان باشد که حرمت عمل را نفی کند، و در این مورد، اعتقاد و گمان فاعل بی‌تأثیر است و مساوی است که فاعل در هنگام ارتکاب فعل معتقد باشد که سرقت می‌کند یا عمل خود را سرقت تلقی ننماید. زیرا با وجود دلیل حلیت، حرمت مشکوک است.[۴]

ابوحنیفه به نوع سوم از شبهه اعتقاد دارد که عبارت است از "شبهه‌ی عقد"، به نظر وی، "عقد" موجب شبهه می‌شود؛ هرچند حرمت آن "عقد" میان فقها اتفاقی، و مرتکب، به حرمت آن آگاه باشد. لیکن پیروان وی و دیگر ائمه با وی به مخالفت برخاسته‌اند و "عقد" را

---

۱. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۶.

۲. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۱۴ و ۱۴۱.

۳. حنفیه در زنا، به هشت مورد شبهه در فعل عقیده دارند، یکی از آنها، نزدیکی با مطلقه‌ی ثلاثه در دوران عده است. ائمه‌ی ثلاثه با حنفیه مخالفت کرده در موارد مزبور به شبهه معتقد نیستند و از این رو اساساً در جرم زنا به شبهه در فعل اعتقاد ندارند.

۴. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۱۴۱ و ۱۴۲.

شبهه به حساب نمی‌آورند، مگر در صورتی که فاعل به حلیت آن اعتقاد داشته باشد با وصف فوق از نظر شخص ابوحنیفه، شبهه بر سه قسم خواهد بود: شبهه‌ی فعل؛ شبهه‌ی محل؛ و شبهه‌ی عقد.

۱۸۱. سقوط حد با وجود شبهه چه نتایجی دارد؟ نتایجی که از قاعده‌ی "درءالحد بالشبهه" به دست می‌آید گوناگون است. گاهی این قاعده باعث سقوط مجازات و برائت متهم از جرم انتسابی می‌گردد، و گاهی باعث سقوط حد گردیده ولی متهم را از تحمل مجازات تعزیری رها نمی‌کند. متهم در سه حالت از اتهام انتسابی برائت حاصل می‌کند:

اول: چنانچه شبهه یکی از عناصر تشکیل‌دهنده‌ی جرم را از میان ببرد، مثلاً کسی با زنی که خود را به چهره‌ی همسر او درآورده نزدیکی می‌کند بر این گمان باشد که زن خودش است بنابر این به سبب ارتکاب زنا، نه حد می‌خورد و نه تعزیر می‌شود و باید تبرئه شود، زیرا "قصد جنایی" یا سوءنیت ندارد و سوءنیت "عنصر معنوی" یکی از ارکان بزه زنا محسوب می‌شود؛ یا کسی که مال خود را پنهان می‌رباید و گمان می‌کند که مال غیر است، به سبب سرقت نه حد می‌خورد و نه تعزیر می‌شود زیرا یکی از ارکان جرم یعنی تعلق مال به دیگری موجود نیست.

دوم: در انطباق نصِ متضمنِ حرمت به عمل منسوبِ به متهم، شبهه موجود باشد، به عبارت دیگر، شمول حکم حرمت بر اتهام مطروحه محل تردید باشد؛ مثلاً کسی که بدون حضور گواهان یا ولی ازدواج می‌کند، یا ازدواج انقطاعی می‌نماید به این اعتبار که زنا کرده است نه حد می‌خورد و نه تعزیر می‌شود زیرا علما درباره‌ی نکاح‌های مزبور اختلاف دارند، برخی آنها را حلال و بعضی حرام شمرده‌اند و این اختلاف بدان معناست که انطباق "حکم زنا" بر اعمال مزبور مورد تشکیک و لذا تبرئه‌ی متهم از اتهام انتسابی واجب است.

سوم: شبهه در ثبوت جرم برقرار باشد، مثلاً دو نفر گواهی دهند که فلان شخص شرب خمر کرده است، بعداً از شهادت خود عدول کنند، دلیل دیگری هم نباشد، حد شرب خمر به سبب وجود شبهه در صداقت گواهان ساقط و متهم تبرئه می‌شود؛ یا اگر به مجنون ادواری، ارتداد و یا ارتکاب سرقت نسبت داده شود و معلوم نباشد که به هنگام جنون دست به جرم زده یا در حال افاقه، در این صورت حد ساقط می‌گردد زیرا "شبهه‌ی عدم تکلیف" موجود است و متهم از اتهام، برائت حاصل می‌کند.

غیر از موارد سه‌گانه‌ی فوق، چنانچه قاعده‌ی "درءالحد" باعث سقوط حد گردد، منشأ شبهه هرچه باشد، متهم تعزیر خواهد شد، مثلاً اگر پدر از دارایی فرزند سرقت کند چون

پیامبر (ص) فرموده است «انت و مالک لابیک» حد سرقت ساقط می‌گردد و این سقوط به دلیل وجود شبهه‌ی حکمیه یا شبهه در محل است. و کسی که از دبر با همسرش نزدیکی می‌کند، حد زنا به دلیل "شبهه در محل" ساقط می‌گردد، ولی در موارد فوق، متهمان تعزیر می‌شوند؛ یا کسی که با محرم خود ازدواج می‌کند و یا زنی را برای عمل زنا اجیر می‌کند به عقیده‌ی ابوحنیفه، حد زنا به دلیل شبهه‌ی عقد ساقط می‌شود ولی تعزیر خواهد داشت. هم‌چنین به نظر ابوحنیفه، کسی که مال کم‌ارزشی مانند خاک و یا شیئی که در اصل مباح است، مانند شکار پس از صید شدن را سرقت کند، به‌دلیل "شبهه‌ی اباحه و قلّت ارزش"، حد سرقت ساقط ولی تعزیر می‌شود و یا کسی‌که "درِ مسجد" را سرقت کند به دلیل "شبهه‌ی عدم حرز" به نظر ابوحنیفه حد نمی‌خورد ولی تعزیر خواهد شد؛ یا اگر به کسی اتهام سرقت متوجه باشد ولی معلوم و روشن نشود که بالغ بوده یا خیر، حد سرقت ساقط و تعزیر می‌شود، و اگر کسی به ارتکاب یکی از جرایم حدود اقرار کند و هیچ دلیلی جز اقرار نباشد، حد می‌خورد ولی اگر از اقرار خود عدول نماید، چون عدول از اقرار، شبهه تلقی می‌گردد، حد ساقط و تعزیر می‌شود. تفاوت عدول اقرارکننده از اقرار خود و عدول گواهان از گواهی، در همین نکته است که در اولی تعزیر می‌شود ولی بنابر دومی برائت حاصل می‌کند. این تفاوت از آنجاست که انسان معمولاً به خود، تهمت نمی‌زند ولی ممکن است به‌آسانی از طرف دیگران متهم به عملی گردد که آن را انجام نداده است. البته اگر معلوم شود که اجباراً اقرار کرده، برائت وی حتمی است. زیرا اقراری که با اجبار و اکراه به وجود آید، باطل است. از ابن عمر روایت شده است که: «انسان در حال غلبه‌ی گرسنگی و ترس و اجبار، امین خود نیست». دیگر آن که اقرار از آن جهت حجیت دارد که صادق بودن مقر در اقرارش مرجح است. و اگر شخص از اقرار کردن امتناع ورزد؛ تا در اثر تهدید و اجبار اقرار کند، ظاهر این است که در اقرارش صادق نیست. عدول کردن از "اقرار صحیح"، باعث سقوط حد می‌گردد با این حال چون جنبه‌ی صدق آن مرجح است، صلاحیت آن را دارد که دلیل تعزیر متهم به حساب آید؛ هرچند برای اجرای حد حجیت ندارد. علی‌ای‌حال، مسئله، موکول به نظر قاضی پرونده است، اگر اقناع وجدانی حاصل کرد که اقرار متهم صحیح بوده، او را تعزیر می‌کند و اگر قناعت وجدانی نیافت، حکم برائت او را صادر می‌کند.

۱۸۲. آیا قاعده‌ی "سقوط حد با وجود شبهه" در جرایم تعزیری رعایت می‌شود؟ اصل این است که قاعده "درءالحد" ویژه‌ی جرایم حدود است، لیکن هیچ منعی وجود ندارد که در جرایم تعزیری نیز رعایت شود. زیرا این قاعده برای تحقق عدالت و به نفع متهمان وضع

گردیده است. و هر متهمی، هم در جرایم حدود و هم در جرایم تعزیر، حق دارد از امتیازات سابق‌الذکر بهره‌مند شود.

جریان این قاعده، در جرایم تعزیر منحصر است به موارد سه‌گانه‌ای[1] که در جرایم حدود باعث برائت متهم می‌گردید، و در آنجا که به جای حد و پس از سقوط آن، متهم تعزیر می‌شود، اعمال‌شدنی نیست. زیرا مجازات‌های تعزیری از پیش تعیّن نیافته‌اند و انتخاب نوع و میزان آنها در اختیار قاضی است برعکس آنها، مجازات جرایم حدود معین شده و میزان شدت و بازدارندگی آنها از قبل پیش‌بینی شده است و قاضی حق ندارد ـ به جز در حالت سقوط حد به دلیل شبهه ـ آنها را با مجازات دیگری عوض کند.

۱۸۳. اصل دوم، برتری خطا در عفو: از اصول کلی شریعت یکی هم این اصل است که اشتباه در عفو و بخشیدن یک گناه‌کار از مجازات مبتنی بر اشتباه و غلط بهتر است، مبنای این اصل سخن پیامبر (ص) است که فرمود: «اگر امام در عفو خطا کند، بهتر است که در مجازات اشتباه نماید». معنای قاعده‌ی مزبور این است که اولاً باید ثابت شود، متهم دست به ارتکاب جرم زده است»؛ ثانیاً عمل ارتکابی وی از مصادیق حکم محرم است و آن گاه به تحمل مجازات محکوم شود. پس اگر ارتکاب جرم و یا انطباق عمل با حرمت قانونی، محل تردید باشد، واجب است متهم تبرئه شود زیرا تبرئه‌ی متهم در صورت وجود شک به نفع جامعه بوده و از مجازات یک بی‌گناه به عدالت نزدیک‌تر است.

اصل "خطا در عفو" درباره‌ی انواع جرایم اعم از حدود، تعزیرات، قصاص و دیه، اعمال می‌شود.

می‌توان گفت که اصل و قاعده‌ی "سقوط حد در صورت وجود شبهه" به‌رغم اهمیت آن، حداقل در مواردی که به برائت متهم منتهی می‌گردد، فی‌الواقع عمل کردن به اصل "خطا در عفو" است.

۱۸۴. بررسی تطبیقی: به طور کلی، در قوانین عرفی می‌توان ردّ پای شیوه‌ی تفسیر حقوق اسلامی را در تفسیر قوانین جزائی ملاحظه کرد. با آن که قوانین برای محدود ساختن اقتدار قاضی در تفسیر قوانین جزائی تدوین شده‌اند، دادگاه‌ها تحت تأثیر ضرورت‌های عملی و تمایل به حمایت از منافع جامعه به تفسیر موسع قوانین جزائی گرایش دارند، مثلاً در مورد

---

۱. یعنی: ۱ـ شبهه‌ی معطوف به ارکان جرم؛ ۲ـ شبهه‌ی معطوف به شمول نص قانونی بر عمل ارتکابی؛ ۳ـ شبهه‌ی معطوف به ثبوت جرم (شماره‌ی ۱۸۱).

سرقت به منظور حمایت از دولت و به عنوان تسلیم در مقابل یک ضرورت، نظریه‌ای را اختراع کرده‌اند که اگر نظریه‌ی تفسیر مضیق قوانین جزائی، مورد قبول باشد از مصادیق سرقت محسوب نمی‌گردد و آن نظریه عبارت از این است که محاکم، نیروی برق را از اموال منقول به حساب آورده‌اند؛ تا کسی که آن را سرقت می‌کند به مجازات سرقت محکوم سازند، هم‌چنین سرقت کفن را قابل مجازات می‌دانند. قاعده‌ای که محاکم متابعت کرده و مورد قبول و پسند اکثر علمای حقوق قرار گرفته، همان است که شریعت اسلام اتخاذ کرده است.

در قوانین عرفی قاعده بر این است که موارد شک به نفع متهمان تفسیر شود. رعایت این قاعده گاهی باعث تخفیف مجازات متهم و گاهی سبب برائت او می‌گردد، مثلاً اگر دادگاه در مسئله‌ی سرقت تردید کند که متهم به سرقت مقرون به آزار دست زده است یا خیر، آن را به نفع متهم تفسیر کرده و سرقت را عادی تلقی خواهد کرد و مجرم را به جای کیفر جنایی به مجازات جنحه‌ای محکوم خواهد ساخت. و اگر در ثبوت جرم و یا تحقق یکی از ارکان بزه تردید نماید، متهم را تبرئه خواهد ساخت. از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که تفسیر موارد شک، به نفع متهم در قوانین عرفی، معادل "سقوط حد در صورت وجود شبهه" و "برتری خطا در عفو" حقوق اسلامی است و رعایت آن دقیقاً نتایج این دو قاعده‌ی شرعی را داراست.[1]

مبحث چهارم: تعارض قوانین (احکام) و نسخ آنها

۱۸۵. تعارض: اگر دو حکم هم‌تراز با یکدیگر تعارض داشته باشند، مانند دو آیه یا یک آیه و سنت متواتر، یا دو سنت متواتر، یا دو حدیث مشهور، یا دو خبر واحد، چنانچه تاریخ ورود (به عبارت دیگر تصویب) هر یک از آنها معلوم باشد، حکم لاحق، ناسخ حکم سابق خواهد بود.

اما اگر تاریخ هر یک از آنها مبرهن نباشد با استفاده از طرق ترجیح، یکی از آنها بر دیگری مرجح خواهد داشت. این ترجیح یا درخصوص متن حکم یا از حیث سند است. از حیث متن، هر کدام که دلالت قوی‌تری داشتند، حق تقدم با آن است. مثلاً "مفهوم عبارت"

---

۱. علی بدوی، *القانون‌الجنائی*، ص ۱۰۶ تا ۱۱۰؛ دکتر کامل مرسی و سعید مصطفی، شرح *قانون‌العقوبات*، ص ۱۱۴ و ۱۱۵.

بر "مفهوم اشاره" مرجح است و هکذا محکم، بر مفسر و مفسر بر نص و عام بر مخصص. و از حیث سند، خبری که راویانش از اهل فقه و امین باشند بر دیگری ترجیح خواهد داشت.

اگر یکی از دو حکم معارض بر دیگری ترجیح داده نشود، سعی می‌شود به نحوی میان آن دو جمع گردد و این کار با تخصیص یکی از دو نص به حالتی و تخصیص دیگری به حالت دیگر، ممکن است؛ یا یکی از دو حکم ناظر به امور دنیوی تلقی و دیگری ناظر به امور اخروی محسوب گردد؛ یا استعمال یکی از آنها حقیقت و دیگری مجاز به حساب آید.

اگر تاریخ ورود "تصویب" دو حکم معارض شناخته نشود، و دلیلی بر رجحان یکی بر دیگری نباشد و نتوان به هیچ وجه میان آنها را جمع کرد، آنها را رها کرده و به حکمی که در درجه‌ی پایین‌تری است استناد می‌شود، مثلاً اگر دو حکم متعارض خبر متواتر باشند، آنها را رها کرده به خبر واحد عمل می‌شود.

همیشه در حالت ترجیح و جمع نباید از چارچوب اصول کلی شریعت و روح آنها پا فراتر گذاشت. مقایسه و سبک سنگین کردن ادله باید در روشنایی مقاصد شرعی و اصول کلی به عمل آید.

۱۸۶. نسخ: عبارت است از ابطال کلی یا جزئی حکم قانونی با دلیلی که صراحتاً یا ضمنی به نسخ حکم منسوخ، دلالت می‌کند.

نسخ صریح در صورتی است که حکم جدید وضع شود که در این صورت حکم سابق را صراحتاً نسخ می‌کند. این حالت در مورد زنا پیش آمد، حکم اولی زنا، زندانی کردن زانی در خانه و تنبیه او بود. قرآن می‌فرماید: «درباره‌ی زنانی که دست به ارتکاب زنا می‌زنند، چهار نفر مرد شاهد بیاورید، اگر گواهی دادند آنان را در خانه‌ها محبوس کنید تا مرگشان فرا رسد؛ یا خداوند راه جدیدی پیش پای آنان بگذارد و مردانی که مرتکب آن می‌شوند آزارشان دهید پس اگر توبه کردند و راه صلاح در پیش گرفتند متعرض آنها نشوید، خداوند بخشنده‌ی توبه‌پذیر است». سپس حکم فوق با این آیه صراحتاً نسخ شد: «به هر یک از زن و مرد زناکار یکصد تازیانه بزنید» و هم‌چنین با این فرمایش پیامبر (ص) که می‌فرماید: «از من به یاد داشته باشید، خداوند برای آنان راهی را مقرر داشته است، مجازات زنای محصن یکصد تازیانه و سنگسار و غیرمحصن یکصد تازیانه و یک سال تبعید است». و مثل نسخ صریح است این قول پیامبر (ص) که می‌فرماید «شما را از زیارت قبور نهی می‌کردم، الان می‌گویم به زیارت قبور بروید که زندگی آخرت را به یاد شما می‌آورد».

نسخ ضمنی آن است که شارع حکم لاحقی را وضع کند که صراحتاً بر ابطال حکم سابق

دلالت ندارد ولی در حکم لاحق مطالبی آمده است که با حکم سابق معارض است و این تعارض به حدی است که جمع میان آنها مقدور نیست مگر یکی از آن دو را ملغی بدانیم. در این صورت حکم لاحق، حکم سابق را نسخ ضمنی می‌کند.

نسخ کلی عبارت است از ابطال کلی حکم سابق نسبت به هر یک از مکلفین و نسخ جزئی آن است که یک حکم عام آورده شود که به هر فردی از مکلفین شامل گردد، سپس نسبت به برخی از آنها ملغی‌الاثر گردد، مانند حکم قذف که عام و کلی بوده است و بعداً نسبت به شوهران نسخ گردید، زیرا به آنان حق لعان داده شد.

۱۸۷. **کدام حکم نسخ می‌شود:** احکامی که حالت قانونی دارند ممکن است نسخ شوند و این درباره‌ی آیات قرآن و احکام سنت اعمال‌شدنی نیست به این معنی که هر حکم سابق با حکم لاحق نسخ نمی‌شود، مثلاً قرآن کریم، آیات محکمی دارد که در هیچ حالت نسخ‌پذیر نیستند و عبارت‌اند از:

اولاً: آیاتی که احکام اساسی و پایه‌ای اعتقاد اسلامی را دربر می‌گیرند، مانند آیاتی که ایمان به خداوند و رسول او و کتب آسمانی و روز قیامت را واجب دانسته‌اند. و نیز آیاتی که اصول عقاید و عبادات را در بر می‌گیرند و آیاتی که فضایل اخلاقی را بیان می‌کنند، مانند راست‌گویی، رعایت عدل و ادای امانات، و آیاتی که خصلت‌های پست و رذل را حرام می‌شمارند، مانند شرک به خداوند، قتل نفس، زنا، سرقت و فساد در زمین و ستمگری و غیره.

ثانیاً: آیاتی که متضمن احکام ابدی و جاودانی‌اند، مانند این آیه‌ی قرآن که در مورد کسانی که به زنان پاک‌دامن نسبت زنا می‌دهند می‌فرماید: «هیچ‌گاه شهادت آنان را نپذیرید».

ثالثاً: آیاتی که وقایع و حوادث پیشین را بازگو می‌کنند، مانند: «و اما ثمود فاهلکوا بالطاغیه» زیرا نسخ خبر به معنای تکذیب آن است و دروغ‌گویی از سوی شارع محال است. سه دسته از آیات مذکور نسخ‌پذیر نیستند و بقیه‌ی آیات قابلیت نسخ دارند.

۱۸۸. **نسخ در چه زمانی بوده است؟** در بحث و بررسی راجع به نسخ‌پذیری احکام باید دانست که آنچه مربوط به قرآن و سنت می‌شود، ناظر به دوران و روزگار نزول احکام است که با وفات حضرت رسول (ص) پایان می‌پذیرد و پس از وفات ایشان هیچ یک از احکام قرآن و سنت نسخ‌پذیر نیستند، زیرا قدرتی یافت نمی‌شود تا بتواند آنچه را از جانب خداوند نازل گشته تغییر دهد.

۱۸۹. چه حکمی به منسوخ شدن حکم دیگر می‌انجامد؟ قاعده‌ی کلی بر این است که احکام هم‌طراز و هم‌سطح و یا با درجه‌ی بالاتر قابلیت نسخ حکم سابق را دارد و عکس این حالت صادق نیست. هم‌چنان که قبلاً بیان شد، منابع احکام شرعی عبارت‌اند از قرآن و سنت و اجماع و قیاس و آنچه حکومت‌ها وضع می‌کنند عبارت است از قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها. دو منبع اصلی عبارت‌اند از قرآن و سنت که مبانی شریعت و احکام کلی و خاص آن را بیان کرده‌اند. دیگر منابع، مبانی تازه‌ی شرعی و یا احکام کلی جدید را در بر نمی‌گیرند، بلکه شیوه‌ها و نحوه‌ی استدلال و استنباط احکام فرعی از قرآن و سنت را بیان می‌کنند و از این رو ممکن نیست چیزی برخلاف قرآن و سنت بگویند، زیرا آنها از قرآن و سنت استخراج گردیده‌اند و به احکام آنها مستند هستند این وضعیت هم‌چنان که به اجماع و قیاس ناظر است، به قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های حکومتی نیز استیلا دارد، مثلاً اجماع، بر وحدت نظر مجتهدان نسبت به یک حکم شرعی که با احکام قرآن و سنت سازگار باشد، استوار است و اگر حکم روشنی یافت نشود باید با اصول کلی شریعت و روح آن هم‌سو باشد و قیاس، آن است که قضیه‌ای فاقد حکم به قضیه‌ای که در قرآن و سنت دارای حکم است ملحق شود. و حکومت‌ها به منظور اداره‌ی امور جامعه، قوانین و آیین‌نامه‌ها را براساس و مطابق قرآن و سنت تصویب و اجرا می‌کنند و تا زمانی پذیرفتنی هستند که بر آنها استوار باشند والا، نه قوانین و نه کسانی که آنها را وضع کرده‌اند، قابل اطاعت و فرمان‌بری نیستند.

از آنچه بیان شد، نتیجه می‌گیریم که قرآن و سنت اساس و پایه‌ی شریعت اسلام هستند و قوی‌ترین و عالی‌ترین منابع به حساب می‌آیند و دیگر منابع از قرآن و سنت تبعیت کرده بر پایه‌ی احکام آنها قوام می‌یابند. قرآن و سنت "اصل" و بقیه‌ی منابع، "فرع"اند. و عقلاً ممکن نیست که "فرع" با "اصل" برابر یا از آن برتر باشد، در نتیجه محال است که قرآن و سنت، با اجماع و قیاس[1] و یا مبتنی بر قانون و بخش‌نامه، نسخ‌پذیر باشند.

اما برخی از احکام قرآن، بخش دیگر را نسخ می‌کنند و هم‌چنین ممکن است سنت متواتر موجب نسخ باشد، زیرا همگی قطعی‌الورود و از جهت درجه در مرتبه‌ی واحد قرار دارند و نیز برخی از احکام سنت غیرمتواتر، ممکن است با احکام دیگر آن نسخ شود، هم‌چنان که قرآن و سنت متواتر آن را نسخ می‌کنند، زیرا از حیث درجه در مرتبه‌ی بالاتر قرار دارند.

احکام قرآن و سنت، با رحلت حضرت رسول (ص) استقرار و ثبات یافته‌اند زیرا نزول

---

۱. غزالی، *المستصفی*، ج ۱، ص ۱۲۶؛ *فواتح‌الرحموت فی شرح مسلم‌الثبوت*، ج ۳، ص ۸۴.

وحی و بالمآل ورود احکام جدید، با ارتحال ایشان قطع گردیده است. و به این ترتیب احکام قرآن و سنت استحکام یافته‌اند. زیرا باب نسخ یکباره مسدود گشته و به شکل قانون یکپارچه‌ای درآمده است که حکم خاص، عام آن را و مقید، مطلق آن را تفسیر می‌کند، مانند آن که کلاً به شکل فعلی، دفعتاً واحده وضع گردیده باشد.

۱۹۰. اجماع و قیاسی که مخالف قرآن و سنت باشند چه حکمی دارند؟ مشکل است اجماع و قیاسی یافت شود که با قرآن و سنت مخالف باشد. زیرا واجب است اجماع بر دلیلی از قرآن و سنت متکی باشد و بدون مستند شرعی،[۱] اجماع به وجود نمی‌آید، بنابر این، متصور نیست که برخلاف قرآن و سنت، اجماع به وجود آید، مگر آن که عده‌ای غیرمجتهد و کسانی که به قرآن و سنت جاهلند، اجماع کنند که چنین عملی شرعی به حساب نمی‌آید و فاقد اثر بوده و متضمن هر حکمی باشد، باطل است.

هم‌چنین بعید است که اگر شرایط قیاس رعایت شود، قیاسی برخلاف قرآن و سنت پدید آید، زیرا قیاس بر این استوار است که "مالانص فیه" به "مافیه نص" ملحق شود، چون در علت حکم یکسان هستند، به این ترتیب حکمی که در اثر قیاس به دست می‌آید همیشه مبتنی بر یکی از احکام قرآن و سنت است. در هر حال، اگر بر فرض محال، قیاسی مخالف قرآن و سنت به عمل آید، باطل است، زیرا از شرایط اساسی قیاس این است که مجتهد بیش از هر چیزی، احکام را رعایت کند و از دایره‌ی آنها خارج نشود و خود را در محدوده‌ی مقاصد کلی شارع و روح شریعت مقید سازد.[۲]

مبحث پنجم: ارتباط احکام شریعت با قوانین موضوعه

۱۹۱. قوانین و بخش‌نامه‌های مخالف قرآن و سنت: اگر قوانین و بخش‌نامه‌ها با احکام قرآن و سنت هم‌سو باشند؛ یا بر مبنای اصول کلی شریعت و روح آن، گام بردارند، واجب‌الاطاعه هستند و مخالفت با آنها شایسته‌ی مجازات است. در غیر این صورت، کلاً باطل هستند و هیچ کسی نه‌تنها حق ندارد از آنها تبعیت کند بلکه موظف است در مقابل آنها مقاومت نماید. در ذیل عوامل و اسباب این بطلان بررسی می‌شود اما پیش از آن، "نظریه‌ی بطلان" مورد بحث قرار می‌گیرد.

---

۱. همان، ج ۲، ص ۲۳۸.

۲. به شماره‌های ۱۱۵، ۱۳۵ و ۱۶۹ تا ۱۷۵ مراجعه شود.

۱۹۲. نظریه‌ی بطلان: نظریه‌ی بطلان در حقوق اسلامی به این معنا است که اوامر و نواهی بیهوده نیستند و خداوند کتاب و پیامبرش را بر مردم نازل گردانیده است تا از او و فرامین و دستورات او اطاعت کنند، پس هرکس مطابق دستور پیامبر (ص) عمل کرد، رفتارش صحیح و درست خواهد بود، زیرا با امر شارع مقدس موافق است و هرکس مخالف با آن گام برداشت چون با امر شارع مخالفت کرده، عملش باطل است. خداوند می‌فرماید: «ما رسول نفرستادیم مگر به این مقصود که خلق به امر خدا، از او اطاعت کنند» (نساء، ۶۴) و «آنچه را رسول به شما فرمان می‌دهد عمل کنید و از آنچه باز می‌دارد خودداری ورزید» (حشر، ۷) و «ای اهل ایمان از خدا و رسول اطاعت کنید» (نساء، ۵۹).

نظریه‌ی بطلان، به عمل‌کرد اشخاص، گروه‌های اجتماعی، حکم‌رانان و شهروندان و تصرفات آنان قابل اعمال است. هر رفتار و عمل‌کردی که با احکام شریعت یا اصول کلی روح آن موافقت دارد، صحیح و آنچه با احکام شریعت یا اصول کلی و روح آنها سازگار نباشد، ناصحیح و باطل است و هیچ اثری ندارد. و لذا هر قانون، بخش‌نامه یا دستوری که برخلاف شریعت صادر می‌شود، و هر عبادتی که برخلاف دستور شرع صورت پذیرد و هر عقد و قراردادی که برخلاف شریعت تنظیم گردد، باطل و بی‌اعتبار است. رأی فقهای جمهور این است: هر عملی که موافق شرع است صحیح و آنچه مخالف شریعت باشد، باطل است.

حنفیه در اعتقاد به بطلان قوانین و بخش‌نامه‌ها و دستورات مخالف شریعت و معطوف به حقوق جامعه یا نظر جمهور فقها موافق هستند ولی با قراردادهای خصوصی که افراد با یکدیگر تنظیم می‌کنند با نظر جمهور موافق نیستند، به نظر حنفیه، چنانچه قراردادهای خصوصی موافق شرع باشند صحیح‌اند و در صورت مخالفت، هنگامی کلاً باطل هستند که قرارداد در ماهیت با احکام شریعت سازگار نباشد؛ یعنی یکی از ارکان عقد مخدوش باشد، و اگر در صفتی از اوصاف عقد، ایجاد خلل گردد، قرارداد فاسد است نه باطل. تفاوت فساد و بطلان در این است که عقد باطل هیچ اثری ندارد درحالی‌که عقد فاسد پاره‌ای از آثار خود را داراست.[1]

در صورتی که "نظریه‌ی بطلان" را نسبت به قوانین و لوایح و بخش‌نامه‌ها و دستورات دولتی اعمال کنیم به‌طور قطع می‌توان گفت که مقررات موضوعه صرف نظر از اسامی آنها چنانچه با احکام شریعت مخالف باشند یا از دایره‌ی اصول کلی آن، پا فراتر نهند؛ یا با روح

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، ج ۱، ص ۱۸۶ و ۱۸۷؛ غزالی، *المستصفی*، ج ۱، ص ۹۴؛ عبدالوهاب خلاف، *اصول‌الفقه*، ص ۹۹ تا ۱۰۱.

شریعت اسلام تباین داشته باشند، به‌طور کلی باطل و بی‌اعتبار هستند. ملاحظه شد که مطابق رأی جمهور فقها (مالکیه، شافعیه و حنبلیه)، ریشه‌ی بطلان، در مخالفت قوانین با احکام شریعت به طور کلی بود و در حالی ک مطابق نظر ابوحنیفه و پیروان وی، وقتی قوانین و لوایح و بخش‌نامه‌ها با منافع جامعه و نظم عمومی یا به تعبیر آنها با "حقوق‌الله" مخالف باشند، باطل‌اند. به این ترتیب به اجماع فقها، اساس و ریشه‌ی بطلان، در مخالفت قوانین و لوایح و بخش‌نامه‌ها و فرامین حکومتی با احکام شریعت یا اصول کلی و یا روح آنها قرار دارد.

۱۹۳. دلایل بطلان مقررات مخالف با شریعت: اشاره شد که رعایت "نظریه‌ی بطلان" ایجاب می‌کند، مقررات موضوعه‌ی مخالف اسلام باطل اعلام شود. این توضیح لازم است که بطلان مورد نظر بر احکام قرآن و سنت و اجماع که منابع مقررات کیفری در اسلام به حساب می‌آیند، مستند است. احکام قرآن و سنت صراحت دارند که هر حکم مخالف آنها باطل است و به همین دلیل فقها در این مسئله اجماع و دلایل زیر را ارائه کرده‌اند:

۱ـ خداوند به تبعیت از اسلام فرمان داده و پیروی از آیین مخالف آن را نهی کرده است و به هیچ مسلمانی اجازه نداده تا غیر از شریعت اسلام، قانونی برای خود برگزینند و هر آنچه را بیرون از احکام شرعی یا اصول کلی و روح قانونی آن باشد به نص صریح قرآن بر قاطبه‌ی مسلمانان حرام دانسته است و بر همین منوال، خداوند مسئله را به دو حالت تقسیم کرده است: یا از خدا و رسول و آنچه پیامبر آورده تبعیت می‌شود و یا هوی و هوس مورد متابعت خواهد بود و هر آنچه از جانب رسول خدا نباشد به نص قرآن کریم مبتنی بر هوای نفس است. قرآن می‌فرماید: «پس هرگاه به تقاضای تو جواب ندهند بدان که پیرو هوای نفس‌اند و کیست گم‌راه‌تر از آن کسی‌که راه هدایت خدا را رها کرده و از هوای نفس خود پیروی کند. البته خدا قوم ستم‌کار را هرگز هدایت نمی‌کند» (قصص، ۵۰). هم‌چنین خداوند قضاوت و داوری میان خلق را به دو نوع تقسیم کرده است: اول، طریق حق که همان وحی است و بر پیامبر (ص) نازل گشته؛ و دوم: طریق هوای نفس که عبارت است از آنچه مخالف وحی باشد. خداوند می‌فرماید: «ای داود تو را جانشین خود در زمین قرار دادیم، میان مردم به حق حکم کن و هرگز هوای نفس را پیروی مکن که تو را از راه خدا گمراه سازد و آنان که از راه خدا گم‌راه شوند چون روز حساب را فراموش کردند به عذابی سخت معذب خواهند شد» (ص، ۲۶)

خداوند خطاب به پیامبر (ص) می‌فرماید «پس ما تو را به شریعت کامل در امر دین مقرر

فرمودیم تو آن شریعت و آیین خدا را کاملاً پیروی کن و هیچ پیرو هوای نفس مردم نادان مباش، آن مردم هرگز تو را از خدا بی‌نیاز نمی‌کنند و ستم‌کاران عالم مددکار و یار یکدیگرند و خدا پرهیزکاران را دوست دارد» (جاثیه، ۱۸ و ۱۹). پس خداوند با تقسیم مسئله بین پیروی از آیینی که به صورت وحی برای رسولش فرستاده و تبعیت از آن را برای مسلمین الزامی قرار داده و نیز پیروی از هوای نفس مردم نادان، به اولی فرمان داده و از دومی نهی کرده است «از آنچه از طرف خداوند نازل گردیده پیروی کنید و غیر از او از کسان دیگری فرمان نبرید، کمتر متذکر می‌شوید» (اعراف، ۳) پس آیه، فقط به پیروی از آنچه به صورت وحی نازل شده فرمان داده و از اطاعت مخالف آن نهی کرده است و البته فرموده است کسی جز به آنچه خداوند فرو فرستاده پیروی کند از غیر خدا فرمان برده است.[۱]

به این ترتیب آیات قرآن صراحتاً یا به صورت ضمنی، آنچه را مخالف احکام شریعت و یا اصول کلی و روح قانونی آن باشد حرام دانسته‌اند و به صورت قاطع از عمل به غیر شریعت نهی کرده‌اند و کسی را که از غیر شریعت اسلام تبعیت کند، پیرو هوای نفس و گم‌راه تلقی کرده است که سبب گم‌راهی دیگران هم می‌شود و برخود و دیگری ستم روا می‌دارد و بر "ماانزل‌الله" کافر است و به جای خدا از نفس خود تبعیت و پیروی می‌کند.

۲ـ خداوند اجازه نداده است که هیچ مؤمنی جز به حکم خدا راضی شود و یا به چیزی غیر از آنچه خداوند مقرر داشته داوری کند، بلکه برعکس فرمان داده است که به هر حکمی جز حکم خداوند کافر باشد. و پذیرش غیرحکم خدا را گم‌راهی بزرگ و طولانی به حساب آورده است «آیا ندیدی کسانی را که به گمان خود به قرآن و کتبی که قبل از تو فرستاده شده ایمان آورده‌اند، چگونه می‌خواهند که طاغوت را حاکم خود قرار دهند درحالی‌که مأمور بودند که به طاغوت کافر شوند، شیطان می‌خواهد آنها را گم‌راه سازد که از هر گونه سعادت و آسایش دور باشد.» (نساء، ۶۰).

پس هر کس به غیر آنچه خداوند نازل کرده و پیامبر (ص) آورده است داوری کند، طاغوت را به عنوان حاکم خود پذیرفته و به حکومت وی تن داده است. کلمه‌ی طاغوت به معنای خروج بنده از اوامر معبود، تابع از متبوع و مطیع از مطاع خود است. پس طاغوت هر قومی، کسی است غیر خدا و رسول که بدون توجه و آگاهی از او اطاعت و پیروی می‌کنند؛ یا در اموری به اطاعت او سر می‌نهند که خاص خداوند است پس اگر کسی به خدا مؤمن باشد، حق ندارد به غیر او ایمان بیاورد و حق ندارد جز حکم او، حکم دیگری را بپذیرد.[۲]

۳ـ خداوند بر هیچ یک از زن و مرد مؤمن اجازه نداده، چیزی را بر خود بپسندند و به

---

۱. *اعلام‌الموقعین*، ج ۱، ص ۵۳.
۲. *همان*، ج ۱، ص ۵۶.

امری راضی باشند که مورد پسند خدا و رسول نیست و اگر کسی چنین کند، گم‌راه و ایمان به قلب وی راه نیافته است «بر هیچ مرد و زن مؤمن در کاری که خدا و رسول حکم کنند اختیاری نیست ــ که رأی خلافی صادر کنند ــ و هر کس نافرمانی خدا و رسول کند دانسته به گم‌راهی سختی افتاده است» (احزاب، ۳۶). پس وقتی خداوند پیروی از آنچه را پیامبر می‌گوید، فرمان داده و اطاعت از غیر او را نهی کرده، هیچ مؤمنی حق نخواهد داشت، جز به آنچه خداوند نازل کرده رضایت دهد و اگر چنین کند، مؤمن نخواهد بود.[۱]

۴ـ خداوند بر مؤمنین حرام ساخته است که در سخن یا رفتار، یا در امر و رأی بر پیامبر پیشی گیرند، هم‌چنان که حق ندارند بلندتر از او سخن بگویند. «ای اهل ایمان از خدا و رسول پیشی نگیرید و از خدا بترسید که شنوا و دانا است». (حجرات، ۱)؛ یعنی سخن نگویید تا او بگوید، دستور ندهید تا او فرمان دهد، و فتوا صادر نکنید تا او نظر خود را ابراز دارد و در هیچ موردی حکم ندهید تا وی حکم دهد. و باز می‌فرماید: «ای اهل ایمان، صدای خود را بر صدای پیامبر بلند نکنید و بر سر او فریاد نکشید که اعمال نیکتان ــ در اثر بی‌ادبی ــ محو و نابود گردد و شما نفهمید». (حجرات، ۲) پس اگر بلند کردن صدا بر صورت پیامبر، سبب محو و نابودی اعمال می‌گردد، چطور ممکن است آراء و عقل و ذوق و سیاست و فرهنگ آنها، بر آنچه پیامبر آورده برتری و پیشی جوید؟ پس آیا شایسته نیست که این تقدم باعث نابودی اعمال گردد؟

خداوند می‌فرماید «کسانی که به خدا و رسول او ایمان آورده‌اند، هرگاه برای کاری در حضور وی جمع شوند، پراکنده نمی‌شوند تا او اجازه دهد». (نور، ۶۲) پس اگر خداوند از لوازم ایمان می‌داند که مسلمین پس از اجازه‌ی پیامبر (ص) از محضر او بیرون بروند، شایسته‌تر است پیروان او از هیچ سخن و عمل و مذهب سیاسی یا علمی پیروی نکنند تا وی اجازه دهد. این امر از نشانه‌های ایمان به خدا و رسول اوست. پس از وفات پیامبر (ص)، اذن و اجازه‌ی او به این صورت شناخته می‌شود که امر مورد قبول مسلمانان با آنچه پیامبر آورده بود هم‌سو باشد، پس اگر موافق امر آن حضرت باشد، عمل به آن مجاز است، و اگر موافق نباشد و با این حال احدی از آن پیروی کند، ایمان خود را از دست داده و اعمال وی نابود گردیده و دنیا و آخرت خود را باخته است.[۲]

۵ـ خداوند دستور می‌دهد که قضاوت مطابق دستورات قرآنی باشد و کسی را که به غیر حکم خدا، قضاوت کند، کافر و ظالم و فاسق معرفی کرده است. می‌فرماید: «و کسانی که مطابق با دستورات خدا حکم نکنند کافرند» (مائده، ۴۴) و «کسانی که مطابق دستورات خدا

---

۱. *همان*، ص ۵۷.

۲. *همان*، ج ۱، ص ۵۸.

حکم نکنند، ستمگرند» (مائده، ۴۵) و «کسانی که مطابق دستورات خدا حکم ندهند فاسق‌اند» (مائده، ۴۷).

مفسران قرآن اتفاق نظر دارند که پیروان انبیای سلف برای خود آیین‌ها و قوانین خاصی وضع کردند و قضاوت به "ماانزل‌الله" را به کناری نهادند و خداوند آنان را به این اعتبار، کافر و ظالم و ستمگر معرفی کرده است.

هم‌چنین میان مفسران اتفاقی است که هر یک از مسلمانان چنانچه حکم جدید ایجاد کند و بدون توجه به احکام خداوند و بدون آن که برای عمل خود تأویل و توجیه شرعی داشته باشد، قضاوت و حکم دهد، برحسب مورد از مصادیق کلام خداوند یعنی کافر، ظالم و فاسق خواهد بود، مثلاً کسی که از صدور حکم حد سرقت و قذف و زنا به اعتبار قانون مصوب بشری اعراض می‌کند قطعاً کافر است و چنانچه نه به عنوان انکار و عدم قبول، بلکه به علل دیگری آنها را مورد حکم قرار نمی‌دهد و با حکم خود حق دیگری را ضایع می‌کند، ظالم است و چنانچه عدالت یا برابری را رها می‌کند، فاسق خواهد بود.[1]

۶ـ وقتی انسان مؤمن حق ندارد به غیر از آنچه از جانب خدا آمده است ایمان بیاورد، یا جز حکم خدا، حکم دیگری را بپذیرد، هم‌چنین حق نخواهد داشت میان آنچه از طرف خداوند آمده و چیزی که با آن مخالف است سازش دهد و میان حکم خداوند و حکم طاغوت یا هوای نفس اجماع به وجود آورد. زیرا این عمل، کفر نقاب‌دار و نفاق بی‌حجاب است. هر مسلمانی وظیفه دارد با چنین دعوتی، بستیزد و از داعیان آن اعراض کند زیرا ایمان به خداوند و اعتقاد به دستورات او باسازش دادن میان آنچه پیامبر (ص) بیان کرده با فعل و قول مخالف با آن، منافات دارد. بلکه حتی ایمان محض، ایجاب می‌کند مؤمن از هر راهی که ممکن است (سیاسی، عقیدتی و نظری) با آنچه مخالف آیین حضرت رسول (ص) است، جنگ گسترده‌ای را بیاغازد؛ تا آن که منحصراً احکام نازل از طرف خداوند حکومت کنند و کافران سرافکنده و مادون باشند و کلام خداوند برتر و مافوق.[2]

حکم خداوند، درباره‌ی کسانی که راه او را سد می‌کنند و به سازش میان آنچه از طرف خدا نازل گشته با چیزی که مخالف آن است فرا می‌خوانند، چنین است: «و چون به ایشان گفته شود که به حکم خدا و رسول بازآیید منافقان را می‌بینی که سخت مردم را از گرویدن به تو باز می‌دارند پس چگونه خواهد بود حال آنان که چون رنج و مصیبتی از کردار زشت خود به آنها رسد، آن‌گاه نزد تو آیند، به خدا سوگند خورند که در کار خود قصدی جز نیکویی و

---

۱. تفسیر *المنار*، جلد ۶، ص ۴۰۵؛ الوسی، *روح‌المعانی*، جلد ۶، ص ۱۴۵؛ *تفسیر طبری*، جلد ۶، ص ۱۱۹؛ *تفسیرالقرطبی*، جلد ۶، ص ۱۵۰.

۲. *اعلام الموقعین*، ج ۱، ص ۵۷.

موافقت با مسلمانان نداشتیم. آنان کسانی هستند که خداوند می‌داند در دل‌هایشان چه می‌گذرد پس تو ای رسول از آنان روی برتاب ولی به آنها پند بده و به گفتار دلنشین و مؤثر با آنها سخن گوی» (نساء، ۶۱ الی ۶۳).

۷ـ خداوند، با قسم به خود از بندگان نفی ایمان می‌کند مگر آن که در مشاجرات خود اعم از اختلاف پنهانی یا آشکار، کوچک یا بزرگ، پیامبر (ص) را به قضاوت فرا خوانند. و در اثبات ایمان صرف، قبول ظاهری حکمیت و قضاوت پیامبر را کافی ندانسته، بلکه لازم می‌داند که این داوری را بدون تکلف و از صمیم دل بپذیرند و در مقابل او تسلیم شوند و به فرمان او گردن نهند. و پیامبر نیز فقط آنچه را از طرف خداوند آمده و مورد نظر اوست، مشمول حکم قرار می‌دهد. در نتیجه بر قاضی مؤمن واجب است که مطابق حکم خداوند، حکم دهد و معتقد باشد که حکم خدا، صالح‌ترین و برترین احکام است؛ هرچند دیگران آن را نپذیرند. زیرا کسی مؤمن شمرده می‌شود که کاملاً از فرامین خداوند تبعیت کند و به دستور او و پیامبرش گردن نهد. خداوند در این زمینه می‌فرماید: «نه چنین است قسم به خدای تو که اینان به حقیقت اهل ایمان نیستند مگر آن که در خصومت و نزاعشان تنها تو را حاکم کنند، آن گاه به هر حکمی که کنی هیچ‌گونه اعتراض در دل نداشته، کاملاً از دل و جان تسلیم فرمان او باشند» (نساء، ۶۵).

فقها به استناد همین آیه کسی را که یکی از فرامین خدا یا رسول او را نپذیرد از اسلام خارج می‌دانند؛ خواه عدم پذیرش به لحاظ تردید و شک در اصالت آن دستور باشد یا از این جهت که صرفاً آن را نپذیرفته و یا از تسلیم در برابر آن امتناع ورزیده است، صحابه‌ی رسول کسانی را که زکات نمی‌دادند، کافر و مرتد دانستند زیرا خداوند فرموده است: هر کس به حکم رسول (ص) تسلیم نباشد و قضاوت و داوری وی را نپذیرد از اهل ایمان محسوب نمی‌گردد.[1]

۸ـ هر آنچه با شریعت اسلام مخالف باشد، انجام‌دادن آن برای مسلمانان حرام است؛ هرچند هیئت حاکمه (هر کس که می‌خواهد باشد) آن را قانونی تلقی و انجامش را واجب بداند. زیرا آزادی و اقتدار هیئت حاکمه در وضع و تصویب قانون، محدود است به این که در چارچوب احکام شریعت انجام پذیرد، و قوانین با اصول کلی و روح قانون‌گذاری اسلام موافق باشد. اگر هیئت حاکمه خود را مجاز بداند که از حدود وظایفش پا فراتر بگذارد و قوانین مخالف شرع را تصویب کند و به مرحله‌ی اجرا درآورد این اقدام باعث مجاز بودن قوانین حرام و غیرشرعی نمی‌گردد و بر هیچ مسلمانی جایز نیست که از آنها تبعیت و مطابق

۱. جصاص، *احکام القرآن*، ج ۲، ص ۲۱۴؛ *اعلام الموقعین*، ج ۱، ص ۵۷ و ۵۸.

آنها عمل کند، یا حکم دهد، یا به مرحله‌ی اجرا درآورد. بلکه کماکان بر زن و مرد مسلمان حرام است، و وظیفه‌ی آنان است (نه این که فقط حق داشته باشند) که از پیروی قوانین مزبور امتناع کنند و وظیفه‌ی کارمندان دولت است که از اجرای آنها سرباز زنند. زیرا اطاعت و فرمان‌بری از "دولت‌ها" مستقلاً واجب نیست، بلکه از آن جهت این اطاعت واجب است که در برگیرنده‌ی اطاعت از پیامبر نیز هست، چنین نیست که صرفاً به سبب "دولت" بودن واجب‌الاطاعه باشند، بلکه فرمان‌بری از هیئت حاکمه، در چارچوب و دایره‌ی احکام خدا و رسول، واجب و ضروری است. دراین‌باره خداوند می‌فرماید: «ای اهل ایمان، خدا و رسول و فرمان‌داران را اطاعت کنید چون در امری کارتان به گفت‌وگو و نزاع کشید به حکم خدا و رسول باز گردید اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید، این کار برای شما از هر چه تصور کنید بهتر و خوش‌عاقبت‌تر است» (نساء، ۵۹). پس خداوند به اطاعت خود و رسولش فرمان داده است تکرار فعل "اطیعوا" در مورد پیامبر نشان می‌دهد که اطاعت از او استقلالاً هم واجب است؛ خواه آنچه را می‌گوید، در قرآن یافت شود یا در آن نباشد. ولی حذف فعل "اطیعوا" قبل از "اولی‌الامر" نشان می‌دهد که اطاعت از آنان مستقلاً واجب نیست، بلکه چون در برگیرنده‌ی اطاعت از رسول است، واجب می‌شود، هم‌چنین، تقدم اطاعت از خدا و رسول، نسبت به "اولی‌الامر" مبین آن است که فرمان‌بری از گروه اخیر در خصوص دستورات آنها، فرع و مؤخر بر اطاعت از خدا و رسول اوست. پس پیروی از "اولی الامر" به تبعیت از اطاعت خدا و رسول، انجام می‌گیرد و اگر دستورات او با آنچه بر پیامبر (ص) نازل گردیده موافق باشد، واجب‌الاطاعه و در صورت مخالفت، مسلمانان حق ندارند به فرامین او گوش دهند و حق ندارند از او اطاعت و فرمان‌بری نمایند.[1]

۹ـ سنت پیامبر، چارچوب اطاعت از "اولی‌الامر" را مشخص و اطاعت از آنها را در احکام مخالف با شریعت، منع کرده است. پیامبر (ص) فرموده است: «لاطاعة لمخلوق فی معصیة‌الخالق» و هم‌چنین می‌فرماید «فرمان‌بری از هیئت حاکمه فقط در کارهای نیک منحصر است» و نیز: «هر یک از اولیای امور شما را به انجام‌دادن گناه دستور داد گوش ندهید و از وی اطاعت نکنید».

در دوران پیامبر یکی از فرماندهان، لشگریانش را به امری دستور داد و آنان از اجرایش سرباز زدند، آن گاه دستور داد هیزم جمع‌آوری کردند و آتش زدند سپس به لشگریانش گفت: آیا پیامبر به شما فرمان نداده است از دستورات من پیروی کنید؟ جواب دادند: بلی. گفت: پس به شما دستور می‌دهم به میان این آتش بروید، خواستند داخل شوند، چون این

---

۱. *همان*، ج ۱، ص ۵۱؛ *تفسیرالمنار*، ج ۵، ص ۱۸۰ به بعد.

موضوع به اطلاع پیامبر (ص) رسید فرمود: «اگر به داخل آتش می‌رفتند، از آن خارج نمی‌شدند»؛ یعنی در جهان آخرت برای همیشه در آتش می‌ماندند. پیامبر (ص) این سخن را در حالی می‌گوید که سپاهیان در اجرای دستور فرمانده خود می‌خواستند داخل آتش شوند و گمان می‌کردند که اطاعت از دستور فرمانده واجب است. ولی چون در کم و کیف قضیه بررسی نکردند و خواستند از دستوری که معصیت تلقی می‌شود، اطاعت کنند، شایستگی آن را یافتند که آتش جهنم را به عنوان پاداش عمل خود بپذیرند. پس اگر حکم کسانی که دست به اجتهاد و تلاش نمی‌زنند و در امری که حکمش نسبت به آنها مشتبه است چنین باشد چگونه خواهد بود حال کسانی که از دستوری اطاعت کنند که صراحتاً با حکم خداوند مخالف است؟[۱]

۱۰ـ پس از رحلت حضرت رسول (ص)، امت اسلامی اجماع کردند که فقط در محدوده‌ی حکم خداوند اطاعت از "اولی‌الامر" واجب است. دراین‌باره ابوبکر پس از اخذ بیعت مسلمانان گفت: «از من تا زمانی پیروی کنید که از اطاعت خدا پافراتر ننهاده‌ام و اگر به گناه آلوده شدم، شایسته‌ی اطاعت نیستم» بنابراین او رضای خداوند از بیعت با خود را به اطاعت از خداوند مشروط ساخته است. پس اگر حاکم در حدود "ماانزل‌الله" عمل کند، اطاعتش واجب است و اگر از این دایره بیرون رفت، دستوراتش مسموع و مقبول نیست.

فقها و مجتهدان امت نیز اجماع کرده‌اند که اطاعت از "اولی‌الامر" در محدوده‌ی حکم خداوند واجب است و در دستوراتی که با احکام خداوند مخالف است، محل اطاعت و فرمانبری نیست.[۲] هم‌چنین فقها در این که «لا طاعة لمخلوق فی معصیةالخالق» اتفاق نظر دارند و متفق‌القول‌اند که اباحه‌ی اعمالی که حرمت آنها اجماعی است مانند زنا و شرب خمر و نیز جواز ابطال حدود و تعطیل احکام شریعت و قانونی ساختن چیزی که خداوند آن را اجازه نداده است، کفر و ارتداد تلقی می‌شود. هم‌چنین در وجوب شورش و قیام مسلمانان علیه حاکم مسلمانی که مرتد گشته است در میان فقها هیچ مخالفی وجود ندارد. بدیهی است سرپیچی از نواهی و اوامر مخالف شرع "اولی‌الامر" حداقل مقاومت و شورش در مقابل او تلقی می‌گردد.[۳]

---

۱. *اعلام‌الموقعین*، ج ۱، ص ۵۷.

۲. *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۴۱؛ *همان*، ج ۴، ص ۲۱۸؛ *المهذّب*، ج ۲، ص ۱۸۹؛ *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۳، ص ۴۲۹.

۳. *تفسیرالمنار*، ج ۶، ص ۳۶۷؛ *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۲، ص ۲۱۴؛ *روح‌المعانی الوسی*، ج ۵، ص ۶۶ به بعد.

۱۱ـ با توجه به مطالب فوق، برحسب احکام شریعت اسلامی، "هیئت حاکمه" در وضع قوانین اقتدار مطلق ندارد، و فقط حق دو نوع قانون‌گذاری دارد:

اول: قوانین تنفیذی که مقصود آنها تضمین اعمال احکام شریعت اسلامی است؛

دوم: قوانین تنظیمی که مقصود آنها به نظم درآوردن امور مردم و حمایت از آنها و رفع احتیاجات جامعه براساس اصول کلی شریعت است. این قوانین منحصراً در مواردی وضع و تصویب می‌شوند که شریعت احکام خاصی درباره‌ی آنها ندارد. این مقررات قبل از هر چیز، باید با اصول کلی شریعت و روح قانون‌گذار آن سازگار باشد. به این ترتیب این دسته از قوانین، که به منظور اجرای اصول کلی شریعت وضع می‌شوند در حقیقت، نوع دیگری از "قوانین تنفیذی" به حساب می‌آیند.

۱۲ـ حکومت‌هایی که به شکل مزبور عهده‌دار وضع قانون می‌شوند یا به این اعتبار است که جانشین پیامبر هستند یا نماینده‌ی جامعه‌ی اسلامی شمرده می‌شوند. اگر اعتبار اوّل ملاک باشد، حق ندارند از محدوده‌ی آنچه پیامبر بیان فرموده است خارج شوند زیرا آنان با این قصد که فرامین وی را اجرا کنند به قائم‌مقامی او رسیده‌اند. و اگر به نمایندگی از جامعه، حکومت می‌کنند، حق ندارند از دایره‌ی اعتقاد دینی و ایمان مردم پافراتر بگذارند، در غیر این صورت از حدود نیابت و نمایندگی خارج خواهند گشت. زیرا مردم آنان را به حکومت نگمارده‌اند جز آن که "دین" را برپا دارند و براساس شریعت اسلامی حکومت کنند. به این ترتیب، مسئولان امر، به هر اعتباری که دارای حق قانون‌گذاری باشند، نمی‌توانند از احکام شریعت و اصول کلی یا روح قانون‌گذاری آن فراتر روند.

۱۳ـ چنانچه قبلاً بیان شد، شریعت اسلام، قانون اساسی مسلمانان است. آنچه با این قانون موافق باشد، صحیح و هر آنچه مخالف باشد، باطل است. دگرگونی اعصار و تحوّل نظریات قانون‌گذاری در این امر بی‌تأثیر است. زیرا اسلام از جانب خداوند بر زبان رسول خدا جاری گشته است؛ تا در هر زمان و مکانی مورد عمل قرار بگیرد و اجرای آن به زمان خاص محدود نمی‌شود و یا مختص اشخاص، قبایل و گروه‌های خاصی از مردم نیست و تا زمانی که ملغی‌الاثر یا نسخ شود، واجب الاجراست و لغو یا نسخ آن نیز ممکن نیست. زیرا قاعده‌ی اساسی نه تنها در شریعت اسلام، بلکه در قوانین عرفی نیز بر این استوار است که فقط مقررات هم‌طراز یا نیرومندتر از مقررات پیشین امکان نسخ قوانین سابق را دارند، به عبارت دیگر، مقررات جدید باید از طرف شارع اعلام شود و یا کسانی که مانند واضعان مقررات منسوخه حق قانون‌گذاری دارند، اعلام شود و یا قدرت قانونی آنها در این مورد بیشتر از واضعان قانون قبلی باشد به این ترتیب، احکام ناسخ باید از قرآن یا سنت سرچشمه

بگیرد تا امکان نسخ احکام دیگری از قرآن و سنت را داشته باشند. بعد از فوت پیامبر (ص) به اعتبار انقطاع وحی، قرآن و سنت جدید تصورپذیر نیست و نمی‌توان گفت که قوانین مصوب بشری در سطح و درجه‌ی قرآن و سنت و یا اختیارات قوای مقننه، معادل اقتدار خدا و رسول او در وضع قانون است. آنچه می‌توان گفت این است که هیئت حاکمه حق قانون‌گذاری ندارد، بلکه فقط حق اجرای مقررات الهی و تنظیم امور را داراست. "تشریع"، حق خداوند و رسول او بود که با وفات پیامبر (ص) پایان یافته است و اربابان قدرت فقط در "تنفیذ و تنظیم" حق دارند و می‌توانند برای اعمال مقررات خداوند و رسول او به تصویب قوانین و لوایح و بخش‌نامه‌ها مبادرت و براساس آنچه خدا و رسول او بیان کرده‌اند جامعه را اداره و رهبری کنند. پس مقررات اصلی را خداوند وضع کرده و اصول و احکام اساسی را با زبان پیامبر (ص) بیان فرموده است و برای اولیای امور اجرای آنها را به شکلی که وضع شده‌اند و اداره‌ی جامعه و رهبری مردم را براساس آنها واجب ساخته است و آنان فقط در این جهت و برای رسیدن به این مقصود می‌توانند قوانین، بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و دستوراتی را وضع و تصویب کنند که ضامن اجرای اصول اساسی شریعت و عهده‌دار اداره‌ی جامعه بر اساس آنها باشند. در هر حال حق ندارند مقررات اصلی شریعت را تعطیل یا آنها را لغو سازند زیرا این امر از حدود اختیارات آنها خارج است و از انجام‌دادن آن ناتوان هستند.

مثالی برای روشن شدن بیشتر مسئله ذکر می‌شود. در اسلام، مانند قوانین عرفی آنچه در قوای تقنینی وضع می‌شود به مثابه لوایح و آیین‌نامه‌هایی است که برای تضمین اجرای قوانین صادر می‌شوند؛ یا می‌توان گفت که اسلام مانند قانون اساسی است و مصوبات قوای مقننه به مثابه قوانین عادی است که باید با اصول قانون اساسی سازگار بوده و برخلاف آنها نباشد والا، فاقد اعتبار خواهند بود.

از مجموع آنچه بیان شد این نتیجه به دست می‌آید که قوانین و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها در درجه‌ی پایین‌تری از قرآن و سنت قرار دارند و ممکن نیست که قانون با درجه و اعتبار پایین و کمتر، بر قانون برتر و از درجه‌ی بالا فایق آید.

۱۴ـ در قانون اساسی کشور مصر با صراحت آمده است که دین رسمی مملکت، اسلام است. بدین معنا که پایه‌ی اساسی دولت، دین اسلام و همین دین است که باید منشأ اتخاذ تصمیم و مرجع نهایی به حساب آید و تنها مرجعی است که باید از امر و نهی آن تبعیت شود. پس در نظرگرفتن این اصل در قانون اساسی مصر که نسبت به سایر قوانین مصوب قوه‌ی مقننه اولویت دارد، ایجاب می‌کند که در قوانین و سیاست و آموزش و پرورش و سیاست داخلی و خارجی و در تمام مراحل زندگی خود را به احکام اسلام مقید کنیم، فقط چیزی را

حلال بدانیم که اسلام آن را حلال شمرده است و چیزی را حرام و ممنوع بشناسیم که اسلام آن را حرام دانسته است. در وضع قوانین و اداره‌ی جامعه از اصول شریعت و روح آنها پافراتر نگذاریم.

غرض از بیان این اصل قانون اساسی مصر، آن نیست که بر وجوب رعایت شریعت اسلام استدلال کرده باشیم و قوانین مخالف آن را باطل بدانیم، بلکه مقصود آن بود که بر مقتضای اصل مزبور یادآوری شود. والا فرقی نمی‌کند که قانون اساسی، اسلام را به عنوان دین رسمی بشناسد یا نشناسد، زیرا این عمل فی‌نفسه و به‌خودی خود دارای ارزش نیست و آنچه اهمیت دارد این است که مسلمانان هیچ قانونی جز شریعت ندارند و اسلام قانون اساسی آنان است و هر آنچه با اسلام مخالف باشد، باطل است؛ خواه بر مبنای قانون اساسی باشد یا قانون عادی و خواه لایحه باشد یا آیین‌نامه و بخش‌نامه یا دستور دیگر و یا هر اسمی که می‌خواهد داشته باشد.

۱۵ـ نظر اسلام درباره‌ی باطل بودن آنچه مخالف قرآن و سنت است؛ یا به عبارت دیگر با مقررات اساسی مخالفت دارد، همان نظریه است که امروزه در کشورهایی که با قانون عرفی اداره می‌شوند، مقبول و "معمول به" است و فقط در نحوه‌ی رعایت آن با هم‌دیگر اختلاف دارند در اغلب کشورهای متمدن، هر قانون عادی یا آیین‌نامه و بخش‌نامه‌ی مخالف قانون اساسی را باطل و بی‌اعتبار می‌دانند. زیرا قانون اساسی، مقررات اصلی به شمار می‌آید و لازم است هیچ قانون یا لایحه و بخش‌نامه‌ای با آن مخالف نباشد. دیگر آن که، اصول قانون اساسی تحت شرایط خاص و با رأی اکثریت ویژه‌ای قابل تغییر است که در قانون عادی چنین نیست و معمولاً دست‌اندرکاران وضع قانون اساسی، از واضعان قانون عادی پخته‌تر و نخبه‌تر هستند. گروه قلیلی از کشورهای مترقی از نظریه‌ی بطلان، به‌صورت مطلق متابعت نکرده‌اند و میان قوانین عادی از یک‌سو و لوایح و آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها از سوی دیگر تفاوت می‌گذارند. اگر قانون عادی به شکل معتبر قانونی وضع و تصویب شود، هرچند با قانون اساسی مخالف باشد، از نظر آنان لازم‌الاجرا است ولی آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌های مخالف قانون اساسی یا قانون عادی، هرچند از مسیر صحیح خود صادر شده باشند، باطل هستند. این گروه در تأیید نظر خود می‌گویند چون کسانی که قوانین عادی را وضع می‌کنند هم پایه‌ی واضعان قانون اساسی هستند بنابر این، قانون عادی با قانون اساسی در یک سطح قرار می‌گیرد، اما قوه‌ی مجریه که معمولاً مبادرت به صدور آیین‌نامه و بخش‌نامه می‌کند، در سطح واضعان قانون اساسی یا قوانین عادی نیست.[1]

---

۱. دکتر کامل مرسی و سعید مصطفی، شرح *قانون العقوبات*، ص ۱۰۹ به بعد؛ *الموسوعة‌الجنائیه*، ج ۵، ص ۵۵۸ به بعد؛ علی بدوی، *قانون‌الجنائی*، ص ۱۰۵.

"نظریه‌ی بطلان" به شرحی که گذشت بررسی شد. اگر این نظریه به صورت مطلق و یا محدود در کشورهای اسلامی رعایت شود، واجب است بپذیریم که هر آنچه با اسلام مخالف است، خواه از صورت قانونی صحیح برخوردار باشد یا نباشد، باطل است. زیرا قانون اساسی مسلمانان، اسلام و قانون‌گذار آن خداوند است که شأنش بالاتر از آن است که با بندگان قانون‌گذار خود مقایسه شود.

پیش از پایان این مقال لازم است یادآوری شود که قوانین عرفی جدید فقط در این اواخر "نظریه‌ی بطلان" را شناخته‌اند که از عمر آن بیش از یک قرن نمی‌گذرد و حال آن که شریعت اسلام ۱۲ قرن پیش‌تر از قوانین عرفی، آن را مورد شناسایی قرار داده است. برای اسلام این افتخار کافی است که در شناسایی جدیدترین نظریه‌های قوانین عرفی از همه پیشتازتر بوده است؛ نظریه‌هایی که امروزه مردم به سوی آن می‌شتابند و تضمین اقتدار قوه‌ی مقننه را در آن می‌یابند، همان نظریه‌ی اسلام است. و اگر مردم به این اصل و دیگر اصول شریعت ناآگاه هستند، گناه و تقصیر اسلام نیست، بلکه تقصیر متوجه مسلمانانی است که حتی از همان میزان اطلاعی که از سایر قوانین دارند از احکام اسلام بی‌اطلاع هستند.

۱۶ـ برخورداری مقررات مخالف شریعت از شکل صحیح قانونی، مانع از آن نیست که از حیث موضوع کلاً باطل محسوب شوند. شکل قانونی صحیح، امکان بطلان موضوع را از میان نمی‌برد زیرا صورت صحیح، حرام را حلال و باطل را حق، نمی‌کند. از این رو بر قاضی واجب است که از اعمال مقررات مخالف شریعت، هرچند از شکل صحیح قانونی برخوردار باشند، امتناع ورزد.

۱۹۴. مقررات مخالف شریعت تا چه حدودی باطل هستند؟ اشاره شد که هر آنچه مخالف شریعت باشد اعم از قانون، آیین‌نامه و یا بخش‌نامه به طور کلی باطل است. ولی این بطلان، کلیت قانون یا لایحه و بخش‌نامه را در بر نمی‌گیرد، بلکه فقط ناظر بر آن قسمتی است که با شریعت مخالفت دارد. زیرا اساس بطلان، مخالفت آن با شریعت است، و منطقاً مواردی را که با اسلام موافقت دارد، در بر نمی‌گیرد؛ هرچند مواد موافق در قانون یا لایحه و بخش‌نامه‌ای آمده باشد که در برگیرنده‌ی مواد مخالف نیز هست. اصول موافق با شریعت هم، موقعی صحیح و درست تلقی می‌شوند که از جانب گروه قانون‌گذاران و با رعایت آیین و شیوه‌ی تقنینی صادر شده باشند.

اصول مخالف شریعت هم در هر حال باطل به شمار نمی‌آیند و فقط در حالتی باطل محسوب می‌شوند که با شریعت مخالف باشند، در مواردی که با شریعت موافقت دارند

صحیح و درست محسوب می‌شوند. این سخن تا زمانی که صحت و بطلان استوار بر موافقت یا مخالفت با شریعت است نباید بعید و شگفت‌انگیز به نظر برسد زیرا علت، در هر دو حالت وجود یا عدم، همیشه با معلول هم‌راه است.

از مثال‌هایی که درباره‌ی بطلان یک اصل در حالتی و صحت آن در حالت‌های دیگر می‌توان آورد، بزه زنا است. برمبنای اصول شریعت، مجازات زانی محصن، "رجم" و زانی غیرمحصن، "تازیانه" است. و زنا عبارت است از ادخال حشفه و یا به اندازه‌ی آن در فرج زن. در کمتر از این حالت، حد ساقط و متهم تعزیر می‌شود. پس، مجازات شروع به زنا و مقدمات آن از قبیل بوسیدن و لمس و بغل کردن، حدّ نیست که عبارت‌اند از رجم و تازیانه. هم‌چنین در صورت سقوط حد به اعتبار شبهه یا صغیر بودن متهم، در جرم کامل هم، مجازات حد اعمال نمی‌گردد. به این ترتیب در جرایم کامل و تمام که کیفر حد دارد، گاهی اعمال نصوص قانونی بر آنها جایز نیست و باید متهمان با کیفری غیر از دو مجازات رجم و تازیانه، کیفر داده شوند، مثلاً در جرایم کاملی که کیفر حد به سبب وجود شبهه ساقط می‌گردد و در جرایم ناتمام، براساس شریعت، مجازات متهم کیفر تعزیری خواهد بود. تعزیر از نوع مجازات‌هایی است که شرعاً به عهده‌ی گروه‌های قانون‌گذار نهاده شده است. پس زمانی که قوه‌ی مقننه تحت عنوان "قانون مجازات" کیفرهایی را تعیین می‌کند، درواقع این کیفرها در ردیف "کیفرهای تعزیری" قرار می‌گیرند، به عبارت دیگر، تعیین مجازات برای جرایمی است که در شرع کیفر حد یا هیچ کیفر از پیش تعیین شده‌ی دیگری ندارند. از این رو مواد قانون مجازات، در هر حالتی که باید کیفر حد پیش‌بینی می‌شد و نشده است باطل و در هر موردی که شرعاً متهم، مستوجب کیفر تعزیری است و چنین شده، صحیح است.

مجازات سرقت عادی، شرعاً قطع دست و در قانون جزا (قانون جزای مصر)، زندان است. می‌دانیم که حد قطع در هر سرقتی که واجد شروط حد باشد، اجرا می‌شود پس اگر سرقت ناتمام بماند یا شرایط حد فراهم نگردد، مجازاتش تعزیر است. مجازات مقرر در قانون جزای مصر، کیفر تعزیری است. بنابر این، مواد قانون جزای مصر نسبت به هر سرقت عادی که مجازاتش شرعاً قطع دست است باطل و نسبت به هر سرقتی که مجازاتش تعزیر است، صحیح و اعمال‌شدنی خواهد بود.

مجازات شرعی قذف، هشتاد تازیانه است در صورتی که ناظر به انتساب زنا یا نفی نسب باشد و موارد دیگر، "قذف" تلقی نمی‌شوند، بلکه فحاشی به حساب می‌آیند که مجازاتش تعزیر است، و چون کیفرهای قانون جزا "تعزیر" هستند بنابر این، مواد قانون مزبور نسبت به

قذفی که مجازاتش حد است باطل و در هر قذف یا دشنامی که مجازاتش تعزیر است صحیح خواهد بود، با این تفاوت که براساس قانون شرع، قاذف حق دارد "قذف" را اثبات کند ولی در قوانین جزائی این امر جایز نیست.[۱]

۱۹۵. بطلان مقررات مخالف شریعت چه نتایجی دارد؟ این بطلان، نتایج با اهمیتی دارد که در ذیل توضیح داده می‌شود:

اولاً ـ از حیث اعمال قوانین باطل: قاضی موظف است در حالت‌های بطلان، مواد باطل و غیرصحیح قانون را رعایت نکند و فقط در حالت صحت، آنها را به کار گیرد و هم‌چنین با تکیه بر همین قوانین، قاضی نمی‌تواند به هیچ قانون دیگری، که حق تفکیک مواد صحیح از ناصحیح را به وی (به قاضی) واگذار نمی‌کند، استناد جوید، زیرا قدرت قاضی در باطل دانستن آنچه مخالف با شریعت است از خود شریعت ناشی می‌گردد نه از قوانین مخالف دیگر.

ممکن است قاضی در رأی خود به باطل بودن مواد مخالف با شریعت نظر دهد و یا از رعایت و استناد به آنها خودداری نماید. این دو حالت در واقع یک معنی دارد. زیرا قاضی در حکم خود، ناچار علت امتناع از استناد به ماده‌ی منظور را بیان خواهد کرد، و این توضیح و تبیین با حکم به بطلان، یکسان است؛ هرچند آن را در مقدمات و اسباب رأی ذکر نکند و در رأی لحاظ ننماید، زیرا امتناع قاضی از استناد به مواد باطل و توضیح علت آن یکی از اسباب جوهری و ذاتی رأی به حساب می‌آید، و اسباب و علل ماهیتی و جوهری، جزئی از منطوق رأی محسوب می‌شوند.

قاضی مجاز نیست، به این بهانه و دلیل که ماده‌ی استنادی و ناظر به اتهام متهم، باطل است یا با این استدلال که قانوناً مکلف است متهم را به تحمل کیفر معینی محکوم نماید و از این نظر که به لحاظ بطلان ماده‌ی استنادی نمی‌تواند آن را مورد حکم قرار دهد، رأی بر برائت متهم صادر کند. زیرا رعایت نظریه‌ی بطلان بر این استوار است که شریعت، اعمال احکامی غیر از احکام خود را مجاز نمی‌داند و واجب می‌شمارد که متهم به مجازات تعیین شده از طرف او محکوم شود. بنابراین، اگر در بطلان یک ماده‌ی قانونی، حکم شریعت ملاک عمل قرار بگیرد، ایجاب می‌کند که نظر شریعت در تعیین مجازات بزه اعلامی معتبر باشد و در نتیجه، قاضی نه تنها به برائت متهم حکم نمی‌دهد، بلکه مجازات واقعه‌ی مجرمانه را مطابق نظر شریعت تعیین خواهد کرد.

---

۱. به شماره‌ی ۲۴۰ مراجعه شود، اثبات قذف حق قاذف است. قانون جزای مصر مطابق با ماده‌ی ۷ آن با حقوق اسلامی تعارض ندارد.

هنگامی که قاضی بطلان مواد قانونی مخالف شریعت را قبول می‌کند، وظیفه دارد حکم شرعی را اعلام کند؛ اجرا یا عدم اجرای حکم صادره از وظایف او نیست. زیرا تکلیف او منحصراً این است که در زمینه‌ی مورد نظر، وظیفه‌ی واجب خود را انجام دهد و آنچه را "حق" می‌داند مبنای صدور حکم قرار دهد. اجرای حکم از وظایف قوه‌ی مجریه است هنگامی‌که احکام صادره، نهایی و قطعی شوند و قوه‌ی مجریه ناچار از قبول و اجرای آن است.

ثانیاً ـ از حیث صلاحیت رسیدگی: هنگامی‌که براساس حکم قانون جزا، محکمه صالح به رسیدگی باشد و قوانینی که صلاحیت‌ها را تقسیم می‌کنند از ناحیه‌ی مراجع ذی‌صلاح صادر شده باشد، قاضی نمی‌تواند رسیدگی و صدور حکم نسبت به واقعه‌ی مجرمانه‌ای را که در محکمه مطرح است، از صلاحیت خود خارج بداند. در اینجا روش قدیم در رسیدگی به جرایم حدود، مورد عنایت نیست زیرا در شریعت اسلام، قضاوت به اعتبار زمان و مکان متحول گردیده است و "ولی امر" به موجب حکم شرع، حق دارد آن را در صلاحیت محاکم جزائی قرار دهد.

با آن که تفکیک صلاحیت در محاکم کیفری براساس اهمیت و بزرگی جرم ارتکابی است، مقنن به طور صریح جرایمی را که در صلاحیت هر محکمه است بیان کرده است. چون قوانین جزائی چیزی از مجازات‌های شرعی در بر ندارند، باید جرم فی‌نفسه مورد توجه باشد، اگر در محدوده‌ی صلاحیت محکمه‌ی جنحه باشد، قاضی خود را صالح دانسته به جای مجازاتی که قانون بیان کرده ولی مقبول شرع نیست، مجازات شرعی را مورد حکم قرار می‌دهد زیرا فرض این است که قانونگذار او را صالح به رسیدگی شناخته و تعیین مجازات ارتکابی را به عهده‌ی او گذاشته است.

از این رو قاضی محکمه‌ی جنحه برای رسیدگی به سرقت عادی و قذف و شرب خمر صلاحیت خواهد داشت. اما رسیدگی به سرقت مقرون به آزار و تهدید و سرقت در شوارع عمومی که در شریعت، قطع طریق یا محاربه نامیده می‌شود به دو جهت در صلاحیت محاکم جنایی است: اوّل به حکم قانون؛ دوم بنابر این که شریعت مجازات این جرم را اعدام قرار داده است و مطابق قانون مجازات، اعدام در صلاحیت محاکم جنایی است.

در زنای غیرمحصن، عمل‌کردِ طرفین زنا مورد توجه خواهد بود اگر قانون، رسیدگی به آن را از صلاحیت‌های محاکم جنحه به حساب آورده باشد، متهمان در دادگاه جنحه و اگر جزء صلاحیت‌های محاکم جنایی قرار داده باشد در دادگاه جنایی محاکمه خواهند شد. می‌توان گفت که محاکم جنایی، مختص رسیدگی به زنای غیرمحصن نیستند زیرا تفکیک

صلاحیت محاکم جنایی از محاکم جنحه بر این اساس است که آنها مجازات‌هایی را مورد حکم قرار می‌دهند که در صلاحیت دادگاه‌های جنحه قرار ندارند. وقتی مجازات زنای غیرمحصن شرعاً "تازیانه" است، معقول آن است که از صلاحیت‌های دادگاه جنحه به حساب آید. البته تا زمانی که در بعضی از حالات، متهمان به زنای غیرمحصن را به تحمل تازیانه محکوم سازند.

رسیدگی به زنای محصنه در صلاحیت محاکم جنایی است زیرا کیفر این بزه "رجم" است؛ یعنی کشتن متهم به شیوه‌ای معین. و حکم به قتل در صلاحیت دادگاه‌های جنایی است، و قاضی دادگاه جنحه نمی‌تواند آن را مورد حکم قرار دهد؛ حتی اگر یکی از طرفین نیز غیرمحصن باشد باز هم رسیدگی به بزه در صلاحیت دادگاه جنایی است. زیرا بزه زنا تجزیه‌پذیر نیست و قاضی محکمه‌ی جنحه نمی‌تواند زانی محصن را مجازات نماید؛ هرچند برای مجازات زانی غیرمحصن صلاحیت داشته باشد. اما چون محکمه‌ی جنایی می‌تواند زانی محصن را به "رجم" محکوم سازد پس صلاحیت دارد کمتر از آن را که تازیانه است مورد حکم قرار دهد زیرا دادگاهی که صلاحیتش عام است حق خواهد داشت که مرتکب جرم جزئی و سبک‌تر را نیز مجازات کند.

ثالثاً ـ از حیث اعمال قوانین به طور کلی: قبول نظریه‌ی بطلان این نتیجه را در بر دارد که هیچ یک از احکام قوانین جزائی و مدنی و تجاری و اداری اعمال نمی‌شوند، جز آنچه با احکام شریعت سازگار است. اگر شرعاً در موردی حکم خاصی ذکر شده باشد، و یا بالعکس حکم خاصی وجود نداشته باشد، احکامی اعمال می‌شوند که با اصول کلی شریعت و روح قانونی آن سازگاری دارند. بنابراین، احکام مخالف شریعت به طور کلی، به کنارگذاشته شده و احکام شرعی جایگزین آنها خواهد شد، البته در این جایگزینی، سعی بر این است، آن بخش از آراء شرعی انتخاب شوند که با مقررات صحیح قانونی هم‌آهنگ باشند.

شرط صحت مواد قوانین این نیست که احکام آن با مذهب معینی مانند حنفی یا مالکی موافق باشد، بلکه به این منظور کفایت می‌کند که با رأی یکی از فقهای شریعت سازگار باشد. زیرا انتخاب حکم موافق با یک مذهب شرعی از طرف قانون‌گذار، به معنای قبول آن مذهب است.

درصورتی که بخشی از حکم با شریعت موافق و بخشی دیگر مخالف آن باشد، بخش مخالف باطل است و به جای آن، حکم شرعی که با باقی‌مانده‌ی حکم قانونی هم‌آهنگی داشته باشد، بدون آن که درگرو مذهب معین باشیم، جایگزین می‌شود.

به این ترتیب، دوگانگی در میان احکام "نصوص" از میان می‌رود و میان احکام شرعی و احکام قانون، هم‌آهنگی و نظم برقرار می‌شود. این نکته مانع از آن نخواهد بود که قانون‌گذار

نظریات شرعی را که با اجتماع کنونی سازگار باشد انتخاب کند و در قوانین به نحوی تعدیل به وجود آورد که این نظریات را در بر بگیرد.

رابعاً ـ از حیث اجرای احکام شریعت: نتیجه‌ای که بر نظریه‌ی "بطلان مقررات مخالف شرع" مترتب می‌گردد این است که دادگاه‌ها بدون آن که نیازمند دخالت قوه‌ی مقننه باشند در هر حال، احکام شریعت را اعمال می‌کنند. نتیجه‌ی دیگر نظریه‌ی موصوف این است که قوه‌ی مقننه در تصویب قوانین و مقررات جدید به رعایت حدود شرعی ملزم می‌گردد.

۱۹۶. قبول "نظریه‌ی بطلان" چه تغییراتی در قوانین به وجود می‌آورد؟ نتیجه‌ی قبول "نظریه‌ی بطلان"، عدم رعایت مقررات مخالف شریعت و جایگزینی احکام شرعی به جای آنهاست. اعمال احکام شریعت در اوضاع قانونی ما تغییر بزرگی به وجود نمی‌آورد زیرا بخش اعظم احکام قانونی با احکام شریعت مخالفت ندارند و اگر هم برخی از آنها با عقاید و آراء عده‌ای از فقها مخالف‌اند در مقابل با آراء برخی دیگر از فقها سازگار هستند.

در اینجا به ذکر تغییراتی که متوجه قانون جزا[1] می‌گردد اکتفا می‌شود. این دگرگونی‌ها در حد زیادی به نوع جرم ارتباط پیدا می‌کند و برحسب آن که جرم از جرایم حدود به حساب آید یا از جرایم تعزیرات یا قصاص و دیه، تغییرات مزبور مختلف خواهد بود.

۱۹۷. اول ـ در جرایم حدود: جرایم حدود احصا شده‌اند و در هفت جرم منحصرند؛ یعنی: زنا، قذف، شرب خمر، سرقت، محاربه، ارتداد و بغی. شریعت این جرایم را با کیفرهای معینی مجازات می‌دهد که "حدود" نامیده می‌شوند. شرط اعمال کیفر حد، این است که جرم کامل شود و مانع شرعی در راه اعمال آن موجود نباشد. اگر دو شرط مزبور برقرار باشد، کیفر حد، الزاماً اعمال خواهد گردید. در این حالت، اعمال احکام شرعی واجب و احکام قانونی باطل و اعمال آنها ممنوع است. اما در حالت‌هایی که جرایم مزبور واجد کیفر حد نمی‌شوند، مجازات تعزیری اعمال خواهد شد که موکول به نظر حکومت است، مانند آن که جرم تمام نشود و شرایط مجازات برقرار نباشد؛ یا به سبب وجود شبهه، حد ساقط

---

۱. در اینجا به بیان تغییراتی که در اثر قبول "نظریه‌ی بطلان" متوجه قانون جزای مصر می‌گردد اکتفا شده است زیرا این کتاب در مورد جرم و مجازات بحث می‌کند. البته زمانی که اساس "بطلان" را شناختیم قادر خواهیم بود تا مقررات مدنی باطل را و این که تا کجا باطل هستند، بشناسیم و هم‌چنین مقررات باطل در آیین دادرسی را و این که تا چه حد باید باطل تلقی شوند، خواهیم شناخت. وقتی که حکم شریعت و حکم قانون را شناختیم، قادر خواهیم بود که بگوییم: اگر حکم قانون با شریعت مخالف باشد، باطل و اگر با آن موافق باشد، صحیح است.

گردد؛ یا جرم ارتکابی شروع به جرم محسوب گردد. احکام قانون جزا چیزی نیست جز یک سلسله مجازات‌های تعزیری که از طرف مرجع ذی‌صلاح تصویب شده است. به این ترتیب در حالت‌هایی که ذکر آنها رفت، اعمال قانون جزا واجب است. بنابراین، قانون جزا فقط در جرایم حدود که به صورت کامل رخ داده و شرایط اجرای حد فراهم گردیده است، تعطیل می‌شود. این سخن در کلیه‌ی جرایم حدود صادق است، جز جرم ارتداد که حکم خاصی دارد.

ارتداد: شریعت اسلام، جرم ارتداد را عامل اختلال در نظم عمومی تلقی کرده آن را با "قتل" کیفر می‌دهد و این مجازات در هیچ حالتی ساقط نمی‌گردد. اما قانون جزا، ارتداد را جرم ندانسته آن را قابل مجازات نمی‌شمارد و چون هر آنچه مخالف شریعت باشد باطل است، نسبت به "مرتد" و برضد او، انطباق حکم شرع و اعمال مجازات تعیین شده واجب می‌گردد؛ هرچند قانون جزا در مورد ارتداد "مفروغ عنه" است.

این سخن هرچند از حیث نظری قابل طرح است، عملاً قابلیت اجرا ندارد زیرا محاکمه‌ی مرتد و کیفر او زمانی ممکن است که به عنوان متهم به دادگاه معرفی شود. رسیدگی به جرایم مشروط است به آن که، قبلاً اقدامات خاصی از طرف مدعی‌العموم صورت پذیرد بنابر این، حکم شرعی ارتداد معطل می‌ماند؛ تا آن که دولت به نمایندگی از جامعه آن را قابل مجازات بشمارد. البته ممکن است جرم ارتداد به شکل معکوس در محکمه طرح شود، با این توضیح که چون مرتد، شرعاً مهدورالدم است و قاتل او مجازات ندارد پس اگر شخصی را به اتهام قتل مرتد به دادگاه معرفی کنند، بر قاضی واجب است که او را تبرئه کند زیرا نفس غیرمعصوم و محترمی را به قتل رسانیده است، و اسلام قتل مرتد را بر هر شخص مسلمانی واجب می‌داند. این واجب از اقسام واجب کفایی است، هر کس به آن قیام کند، تکلیف از بقیه ساقط می‌گردد.

۱۹۸. دوم ـ در جرایم قصاص و دیه: جرایم قتل عمد و شبه عمد و خطایی و ایراد جرح عمدی و خطایی از این نوع هستند و هر یک حکم خاصی دارد.

قتل عمد: مجازات قتل عمد شرعاً قصاص است؛ اعم از آن که قاتل با قصد قبلی کسی را بکشد یا قصد قبلی نداشته باشد و اعم از آن که کیفیات مخففه موجود باشد یا نباشد. اسلام به قاضی اجازه نمی‌دهد که در مجازات قاتل تخفیف داده یا آن را با کیفر دیگری عوض کند. اما قانون جزای مصر فقط قتل با سبق تصمیم و قتل با مسموم کردن و قتل هم‌راه با جرم دیگر را با اعدام کیفر می‌دهد و در سایر قتل‌ها، قاتل را به حبس ابد با اعمال شاقه یا به حبس

موقت محکوم می‌سازد و در هر حال، تخفیف مجازات را مجاز می‌داند و یا بنابر ضرورت، آن را با مجازات دیگری عوض می‌کند. این تفاوت و اختلاف آشکار میان حکم شریعت و قانون جزای مصر، ایجاب می‌کند که هرجا کیفر متهم قصاص باشد نظریه‌ی اسلام پذیرفته شده، قاضی به قصاص حکم دهد و از محکوم ساختن متهم به مجازات دیگر امتناع ورزد.

شریعت به ولیِ دم اجازه می‌دهد که قصاص را مورد عفو قرار دهد و اگر عفو کند، کیفر قصاص ساقط می‌گردد. او می‌تواند در مقابل اخذ دیه یا معادل آن از قصاص بگذرد و یا متهم را به رایگان مورد عفو قرار دهد. اگر به‌ازاء دیه گذشت کند، پرداخت خون‌بها بر ذمّه‌ی قاتل واجب می‌شود. در صورتی که از قاتل با اخذ دیه و یا مجاناً گذشت شود، به موجب رأی مالک،[1] محکومیت وی به تحمل مجازات تعزیری واجب است. اما ابوحنیفه[2] و شافعی[3] و احمد[4] در حالت عفو هرچند تعزیر را واجب نمی‌دانند، اعتقاد دارند اگر مصلحت جامعه ایجاب کند، تعزیر جانی ممنوع نخواهد بود. در قانون جزای مصر، گذشت صاحبان خون در سقوط مجازات تعیین شده، بی‌تأثیر دانسته شده ولی به موجب مادّه‌ی ۱۷ ممکن است عفو اولیای دم، باعث تخفیف مجازات و یا تبدیل آن به مجازات دیگری گردد؛ حکمی که در قانون جزای مصر پذیرفته شده با نظر مالک هم‌پوشان است. تو گویی قانون‌گذار مصری در این مسئله، مذهب مالک را پذیرفته است. با این وصف در صورتی که اولیای دم با اخذ دیه از قاتل بگذرند، واجب است قاتل به پرداخت دیه و تحمل کیفر تعزیری محکوم شود و در صورتی که مجاناً مورد عفو قرار گیرد، فقط مجازات تعزیر اعمال گردد. چون مجازات‌های پیش‌بینی شده در قانون جزا، مجازات‌های تعزیری هستند، چنانچه اولیای‌دم از قاتل بگذرند، واجب است مجازات‌های پیش‌بینی شده‌ی قانونی به جز مجازات اعدام مورد حکم قرار بگیرد. زیرا اعدام همان قصاص است که مطابق حکم شرع با گذشت ولی دم ساقط می‌شود. به موجب مادّه‌ی ۱۷ قاضی در حالت فوق می‌تواند کیفیات مخففه را در نظر بگیرد و شریعت در مجازات‌های تعزیری، قاضی را به رعایت آنها مجاز می‌داند.

به موجب احکام شرع در برخی از انواع قتل عمد، قصاص ممکن نیست، مانند آن که پدر، پسرش را بکشد. در این موارد، قاعده این است که هرجا قصاص به دلیل وجود سببی از اسباب شرعی محال باشد، دیه جایگزین آن می‌شود. آنچه در حالت عفو از قصاص بیان شد در حالت امتناع از قصاص نیز صادق خواهد بود.

خلاصه‌ی آنچه گفته شد این است: هرجا که به موجب شریعت، قصاص واجب باشد،

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۶۸.

۲. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۴۶.

۳. *المهذب*، ج ۲، ص ۲۰۱ به بعد.

۴. *المغنی*، ج ۹، ص ۴۶۷.

احکام قانون تعطیل می‌شوند ولی در حالت عفو و ممنوعیت قصاص، اعم از وجوب پرداخت یا عدم پرداخت دیه، احکام قانون اعمال می‌شوند و جز در آنجا که مجازات جرم اعدام تعیین شده است هیچ حکم قانونی معطل نمی‌ماند. قانون جزای مصر قبل از اصلاحات ۱۹۰۴ بر این اساس استوار بود.

شروع به قتل: به تبعیت از اثری که شروع به قتل دارا است، حکم آن متفاوت خواهد بود. اگر از شروع به قتل اثری[1] بر جای بماند که قصاص‌پذیر است، مجازاتش هم قصاص خواهد بود، اگر اثر مزبور قصاص نداشته باشد، یا اثری باقی بگذارد که به‌ازاء آن اعمال مجازات قصاص مقدور نباشد، مجازات شروع به قتل، دیه یا ارش خواهد بود. ابوحنیفه و شافعی و احمد، مجازات‌های فوق را کافی دانسته‌اند و هم‌راه آنها تعزیر متهم را واجب نمی‌دانند ولی اگر مصلحت جامعه اقتضا کند به اعمال آن نظر می‌دهند لیکن به نظر مالک، هم‌راه با دیه و قصاص، تعزیر متهم واجب است.[2]

به این ترتیب در هر موردی که شریعت، قصاص یا دیه و ارش را واجب دانسته، از آنجا که فقها مجازات تعزیر هم‌راه با این مجازات‌ها را ممنوع نمی‌دانند، رعایت مقررات شرعی و مجازات‌های قانونی توأماً واجب می‌شود. زیرا کیفرهای مقرر در قانون جزا همان مجازات‌های تعزیری هستند که هیئت حاکمه وضع و تصویب می‌کند. البته قاضی پرونده حق دارد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال، در مجازات تعزیری تخفیف قایل شده یا آن را تشدید کند، زیرا هم به موجب قانون و هم به حکم شرع، واجد این اختیار است.

اما مجازات شروع به قتلی که اثری از آن برجای نمی‌ماند، تعزیر است و از این رو مقررات قانون جزا که مجازات‌های تعزیری هستند در مورد آن اعمال می‌شود.

قتل شبه عمد: در مورد قتل شبه عمد، میان فقها اختلاف نظر است. ابوحنیفه و شافعی و احمد آن را پذیرفته‌اند ولی مالک قتل را بیشتر از دو قسم نمی‌داند و می‌گوید قتل به دو صورت ممکن است رخ دهد: عمد یا خطا و نوع سوم ندارد. کسانی که قتل شبه عمد را می‌پذیرند، مجازات آن را فقط "دیه" قرار می‌دهند، با این همه، اگر مصلحت جامعه ایجاب کند بر تعزیر متهم نیز نظر می‌دهند. بنابر رأی آنان، تا زمانی که هیئت حاکمه، متهم به قتل شبه عمد را به مجازات تعزیری محکوم می‌کند، مقررات قانونی در مورد قتل شبه عمد با مقررات شرعی کاملاً بر هم‌دیگر انطباق می‌یابند.

---

۱. در اینجا معنای کلی "اثر" که شامل زخم‌های سر و صورت "شجاج" و سایر اعضای بدن "جراح" و قطع عضو و تفویت منافع اعضا می‌گردد مقصود است.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۷؛ *شرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۲۴.

اگر رأی مالک را ملاک عمل قرار دهیم که در ایراد جرح عمدی، جمع بین قصاص و دیه و مجازات تعزیری را مجاز می‌داند، منطقی خواهد بود که در قتل شبه عمد به وجوب جمع بین دیه و تعزیر معتقد باشیم. زیرا اگر صحیح باشد که مرتکب ضرب و جرح عمدی به قصاص و دیه توأم با تعزیر محکوم شود، به طریق اولی چنانچه ضرب و جرح وی منتهی به فوت مجنی‌علیه گردد، محکومیت وی به تحمل کیفر قصاص یا دیه هم‌راه با تعزیر صحیح خواهد بود. امتناع مالک از پذیرش قتل شبه عمد، در استنتاج فوق ایجاد اشکال نمی‌کند، زیرا استنتاج مزبور نتیجه‌ی منطقی نظر مالک در جمع بین حد و تعزیر است و چنین نیست که نتیجه‌ی منطقی انکار شبه عمد از طرف مالک به حساب آید. بدین سان عمل به آراء هر یک از ائمه‌ی اربعه در قتل شبه عمد به انطباق مقررات شرعی با مقررات قانون جزا منتهی می‌گردد. با این حال به موجب مادّه‌ی ۱۷ قانون جزای مصر و بر اساس احکام شرعی، وضعیت فوق اختیار قاضی را در رعایت کیفیات مخففه محدود نمی‌سازد.

قتل خطایی: در حقوق اسلامی مجازات قتلی که برخاسته از خطا و اشتباه باشد، "دیه مخففه" است و هیچ یک از فقها آن گونه که در قتل شبه عمد عنوان شده، در قتل خطایی، به وجوب تعزیر هم‌راه با دیه نظر نداده‌اند. بلکه همگی اجتماع حد با تعزیر را مجاز می‌دانند، با این وصف، مانند قتل شبه عمد، در قتل خطایی نیز، مقررات قانون جزا با احکام شرعی منطبق خواهد بود.

جراحت‌های عمدی و خطایی: به موجب حکم شرع، مجازات جراحت‌های عمدی، هرجا که ممکن باشد، قصاص است. خداوند می‌فرماید: «والجروح قصاص». هم‌چنین مجازات قطع عضو هرجا که ممکن باشد، قصاص است و در صورت عدم امکان، مجازات متهم، دیه، ارش و یا حکومت است. مالک به منظور تأدیب متهم، جمع تعزیر و دیه یا قصاص را واجب می‌داند، ائمه‌ی دیگر آن را نه واجب بلکه مجاز می‌دانند، پس مطابق رأی مالک، مقررات قانون جزا معلّق نمی‌مانند بلکه هم‌راه با قصاص یا دیه ـ خواه دیه کامل مورد حکم قرار بگیرد یا دیه ناقص ـ رعایت خواهند شد. مطابق رأی دیگر ائمه، زمانی قصاص یا دیه با مقررات قانون جزا جمع می‌شود که حکومت، تعزیر متهم را واجب بداند. بدین سان عمل به نظریات ائمه‌ی اربعه با مواد قانون جزای مصر در تعارض نیست و سبب ابطال آنها نمی‌گردد.

اما جراحت‌هایی خطایی که مجازاتش، دیه، یا ارش، یا حکومت است در حکم قتل خطایی به حساب می‌آید و از این رو در این جراحت‌ها، هم‌زمان، رعایت متون جزائی قانون جزا و مقررات شرعی واجب خواهد بود.

ایراد ضربی که اثری از آن برجا نمی‌ماند: مجازات ایراد ضربی که در بدن مضروب آثاری باقی نمی‌گذارد، شرعاً تعزیر ضارب است و چون مجازاتی که در قانون جزا برای ایراد ضرب در نظر گرفته شده است، مجازات تعزیری است، پس در این حالت، احکام قانون جزای مصر معطل و متروک نمی‌ماند.

۱۹۹. سوم ـ در جرایم تعزیر: در صفحات پیشین اشاره شد[1] که شریعت اسلام آن گونه که درباره‌ی جرایم قصاص و دیه عمل کرده، جرایم تعزیری را محدود نساخته و مجازات خاصی را نیز پیش‌بینی نکرده است. فقط برای برخی از جرایم تعزیری، کیفر خاصی در نظر گرفته و بخش اعظم آن را به عهده‌ی حکومت گذاشته و به حاکمیت این اختیار را تفویض کرده است تا به قصد حفظ جامعه و انتظام امور و پاس‌داری از امنیت و نظم عمومی، پاره‌ای از اعمال را ممنوع یا انجام‌دادن برخی دیگر را با این شرط که از دایره‌ی احکام شریعت، یا اصول کلی، و یا روح تقنینی آن فراتر نرود، واجب سازد.

در کیفر جرایم تعزیری، شریعت اسلام قاعده‌ی کلی ارائه داده است و بر مبنای آن مجموعه‌ای از مجازات‌های تعزیری را تعیین کرده که از سبک‌ترین مجازات‌ها شروع و به شدیدترین آنها پایان می‌یابد و به قاضی اختیار داده است که از میان این مجموعه، کیفر یا کیفرهایی را که با جرم و مجرم متناسب است انتخاب کند.

قاعده‌ی عمومی این است اما در شریعت، حکم و امری وجود ندارد که حکومت‌ها را ملزم سازد که حتماً مطابق با قاعده‌ی مزبور رفتار کنند و قادر نباشند برای عملی که شرعاً ممنوع است یا حکومت آن را ممنوع ساخته، مجازاتی را در نظر بگیرند که در صورت اثبات بزه، قاضی ملزم به رعایت آن باشد؛ یا برای هر جرمی دو مجازات پیش‌بینی کنند و قاضی یکی از آنها را مورد حکم قرار دهد. هم‌چنین شرعاً هیچ مانعی نیست که حکومت برای جرمی، حداقل مجازات را در نظر بگیرد و قاضی نتواند از آن حد پایین‌تر رود و کمتر از حداقل قانونی، مجازات تعیین کند. این همان است که در قوانین جزای عرفی عمل می‌شود.

از آنجا که قانون جزا و لوایح و طرح‌هایی که جرایم را اعلام و مجازات آنها را تعیین می‌کنند مطابق میل و شناخت حکومت‌ها وضع می‌شوند، چنانچه با احکام شریعت موافق باشند و یا از دایره‌ی اصول کلی شرعی و روح آنها خارج نباشند، از دیدگاه شریعت، جرایم تعزیری محسوب می‌شوند.

ملاحظات نشان می‌دهد که قوانین جزائی در کشورهای اسلامی بدون رعایت احکام

---

۱. مراجعه کنید به شماره‌های ۵۱ و ۹۳ به بعد.

شرعی وضع و تصویب می‌شوند؛ حتی واضعان قانون عمداً احکام شرعی را نادیده می‌گیرند و با این عمل از حدود وظیفه‌ی خود خارج می‌شوند. این وضعیت، هرچند باعث بطلان کل عمل‌کرد آنان نگردد، هر آنچه را با شریعت مخالف باشد، باطل می‌سازد. در نتیجه‌ی غفلت حکومت‌ها از احکام شریعت از یکسو، و حق قانون‌گذاری آنان از طرف دیگر با سه نوع جرایم تعزیری مواجه هستیم:

نوع اول: اعمالی که شرعاً ممنوع است ولی قوانین جزائی آنها را جرم نمی‌شمارد، مانند جرم اکل میته، خون و گوشت خوک و معاملات ربوی و زکات ندادن و مخالفت با احکام عده، و مخالفت با شکل شرعی عبادات مانند بلند خواندن نمازی که باید آهسته خوانده شود و بالعکس و افزودن به رکعات نماز.

نوع دوم: اعمالی که هم از دیدگاه شریعت و هم از دیدگاه قوانین جرم محسوب می‌شوند. این جرایم بر دو قسم است: قسمی که در آن شرع با قوانین جزائی هیچ اختلافی ندارد، مانند جرایم کم‌فروشی (تقلب در کسب) و خیانت در امانت و ارتشا و قسمی که در آن شریعت با قوانین جزائی اختلاف دارد، مانند جرم رباخواری. شریعت در هر صورت نزول‌خواری را حرام می‌داند اما قانون فقط رباخواری بزرگ را آن‌هم تحت شرایط و قیودی قابل مجازات می‌شمارد؛ یا مانند قماربازی و شرط‌بندی که از دیدگاه شرع به طور مطلق حرام و ممنوع هستند ولی قوانین در حالت‌های خاصی آنها را ممنوع می‌داند (قماربازی به علن).

نوع سوم: اعمالی که از دیدگاه قانون جرم است ولی شریعت درباره‌ی آنها حکم خاصی ندارد. این جرایم دو نوع هستند: نوع اوّل بر مبانی و اصولی اتکا دارد که با اصول کلی شریعت و روح آنها سازگار است، مانند ممنوعیت مخالفت با مقررات راه‌نمایی و رانندگی و اعمالی‌که مقصود از آنها تنظیم امور جامعه است، مانند قوانین استخدامی و یا مقصود از ممنوعیت آنها، رعایت و تحقق منافع عمومی است، مانند مبارزه با آفات و بیماری‌ها. نوع دوم بر مبانی و اصولی استوار است که با احکام شریعت و روح آنها منافات دارد. از مثال‌هایی که در این زمینه می‌توان آورد جرایمی است که لایحه‌ی مربوط به خانه‌های فساد (فاحشه‌خانه‌ها) بدان تصریح کرده است. مبنای این لایحه، مجاز بودن زنا و رسمی بودن آن است. پس این لایحه، برای تنظیم امور مربوط به زناست و حال آن که از دیدگاه شریعت، زنا در هر صورت و شکلی حرام است. از مثال‌های دیگر این نوع می‌توان از قوانینی نام برد که به تهیه‌ی مشروبات الکلی و خرید و فروش و پیاله‌گردانی ناظر است. پس این قوانین، اصل شرب خمر را مباح تلقی کرده و برای تنظیم آن وضع شده‌اند و حال آن که شریعت به طور کلی شرب خمر را حرام می‌داند.

۲۰۰. حد و حقوق حکومت‌ها در تعیین جرم و مجازات: در صفحات پیشین اشاره شد که اولیای امور به هنگام وضع قوانین و مقررات کیفری و لوایح مربوط، به طور کلی از احکام شریعت چشم‌پوشی و غفلت کرده‌اند. برای مثال در کشور مصر، مقنن در لایحه‌ی اصول تشکیلات محاکم تصریح کرده است که هیچ جرم و مجازاتی بدون قانون ممکن نیست و این اصل را به هنگام تصویب قانون اساسی یکی از اصول آن نیز قرار داده است[۱] و جرایم و مجازات‌ها و قواعد عمومی جرم و مجازات را در مجموعه‌ای به‌نام قانون جزا جمع‌آوری کرده و عمل به آن را لازم شمرده است و برای هر جرمی یک تا حداکثر دو مجازات پیش‌بینی کرده و برای کیفر، حداقل و اکثری در نظر گرفته است که قاضی حق ندارد از آنها تجاوز کند و توقف اجرای مجازات را جز با وجود شرایط معینی ممنوع ساخته است. مقصود مقنن مصری این است که فقط عملی را مجازات‌پذیر بداند که در چارچوب معینی ممنوع ساخته است و فقط مجازاتی را اعمال کند که خود تعیین کرده است و اعمال دیگر را مجاز بشمارد؛ هرچند از دیدگاه شریعت حرام و قابل مجازات باشد؛ مانند رباخواری که شریعت آن را در هر شکل و صورتی و به هر میزان که باشد ممنوع و حرام می‌داند. اما قانون فقط در صورت خاص و تحت شرایط معینی آن را منع می‌کند و مانند اکل میته و خون و گوشت خوک که شریعت خوردن آنها را حرام و قابل مجازات می‌داند ولی قانون آنها را حرام نمی‌شمارد و قابل مجازات نمی‌داند. به طور خلاصه، مقنن مصری احکام شریعت را مهمل گذاشته و برای اعمال و اجرای آنها همت نگمارده است و فقط به آنچه در قانون جزا و دیگر قوانین و لوایح مربوط آمده اکتفا کرده است.

در سایر دول اسلامی نیز مقنن مانند قانون‌گذار مصری عمل کرده است. حال باید دید آیا در قواعد شریعت چیزی هست که عمل مقنن را توجیه کند و تا چه حدی می‌توان عمل

---

۱. قانون اساسی مصر تحت تأثیر قوانین اساسی اروپایی تصریح کرده است که هیچ جرم و مجازاتی بدون قانون به وجود نمی‌آید بدون شک قصد واضعان قانون اساسی مصر از اصل مزبور منطبق بر قوانین اساسی حکومت‌های اروپایی بود؛ یعنی مقصودشان این بود که بگویند جرایم و مجازات‌ها همان‌هایی هستند که در قوانین موضوعه تصریح شده‌اند. لیکن اصل مزبور با یک اصل اساسی دیگر قانون اساسی مصر متعارض است، و این اصل همان است که اسلام را مذهب رسمی کشور اعلام می‌کند. زیرا پذیرش اسلام به‌عنوان دین رسمی دولت مصر بدان معناست که حکومت به احکام آن پای‌بند باشد. زیرا شریعت اسلامی مجموعه‌ای از قواعد تشریعی است که عمل بدانها برای مسلمانان واجب گردیده است. پس اگر اصل اوّل مبتنی بر قوانین اساسی اروپایی تفسیر شود، به معنای زیر پا گذاشتن اصل دوم و عدم پذیرش اسلام و شریعت اسلامی خواهد بود. و اگر عمل به اصل دوم را واجب بدانیم به این اعتبار که کیان حکومت و نظم عمومی بر آن استوار است. بایستی اصل اوّل به شکلی تفسیر شود که تناقض از میان برود؛ یعنی بگوییم، مقصود از اصل، جرایمی است که شریعت اسلامی و قانون توأماً جرم می‌شناسند.

قانون‌گذار را به صحت یا بطلان محکوم ساخت؟ موقعی قادر خواهیم بود به این سؤال پاسخ دهیم که "حقوق ولی امر" در شریعت را بشناسیم و بدانیم مرز این حقوق کجاست. شریعت اسلام در تعیین جرایم و مجازات، برای "ولی امر" به حقوق سه‌گانه قایل است.

۲۰۱. حق اول ـ حق تحریم و ایجاب و تعیین مجازات: حکومت حق دارد انجام‌دادن اعمال معینی را ممنوع یا واجب سازد، و مخالفت با آنها را قابل مجازات بشناسد. چون حق دارد مجازات تعیین کند، می‌تواند برای جرم منظور یک یا چند مجازات در نظر بگیرد و برای آن حداقل و حداکثر تعیین کند. حکومت‌ها در استفاده از این حق، نمی‌توانند از دایره‌ی احکام شریعت یا اصول کلی و روح تقنینی آنها فراتر روند و مقصودشان از ممنوع و واجب ساختن افعالی معین و تعیین کیفر، باید تحقق مصلحت عامّه یا دفع ضرر و مفسده‌ی آن باشد. به این ترتیب، عمل‌کرد "ولی امر" تا زمانی که در حدود حقوق وی قرار دارد صحیح است و اگر از این حدود فراتر رود، در آن قسمت که خارج از حدود است باطل و آن قسمت که در داخل حدود تعیین شده قرار دارد، صحیح است. با این وصف، هر کس مرتکب اعمالی شود که بنابر اصول شریعت جرم است ولی از نظر قوانین جرم محسوب نمی‌شود، اعمال مجازات در مورد او واجب است، زیرا اصولی که آن اعمال را حرام دانسته منسوخ نگشته‌اند و "ولی امر" حق ندارد آنها را نسخ کند. اعمالی که هم از دیدگاه شریعت و هم از دیدگاه قانون جرم به حساب می‌آیند هرجا که حکم شریعت با حکم قانونی مخالف باشد، باید به حکم شرع عمل شود زیرا هر حکم مخالف شرع، باطل است. اما در جرایمی که حکم قانون و شریعت یکسان است، به حکم قانون عمل خواهد شد، لیکن نه به این اعتبار که حکم قانون است، بلکه به این اعتبار که حکم شریعت هم، همین است. درباره‌ی اعمالی که فقط بنابر قانون جرم محسوب می‌شود و شریعت در مورد آنها نص خاصی دارد مادام که از اصول کلی شرعی و روح آنها خارج نباشند، حکم قانون ملاک عمل خواهد بود، و اگر خارج از اصول کلی شرعی باشد باطل است و نباید معمول به واقع شود.

۲۰۲. حق دوم ـ تخصصی‌کردن قضاوت: حکومت حق دارد قضاوت را تخصصی کند. به این معنا که رسیدگی برخی از جرایم را به عهده‌ی قضات معینی واگذار کند و برخی دیگر را به عهده‌ی کسانی دیگر؛ یا تعیین کیفرهای به‌خصوصی را در صلاحیت عده‌ای و بقیه را در صلاحیت برخی دیگر از قضات قرار دهد.

حکومت در اعمال این حق نیز نباید از احکام شریعت یا اصول کلی آن خارج شود،

چنانچه از این محدوده خارج گشت، عملش باطل است و قضات را محدود و مقید نمی‌سازد و آنان را منع نمی‌کند که نسبت به آنچه من غیر حق، ممنوع از رسیدگی شده‌اند رسیدگی نمایند، مثلاً حکومت می‌تواند فلان قاضی را موظف کند که به جرم سرقت رسیدگی کند و دیگری را مأمور پرونده‌های قتل سازد، ولی نمی‌تواند قضات دیگر را از رسیدگی به این قبیل جرایم منع کند؛ یا مثلاً از رسیدگی به جرایم اکل میته، یا شرب خمر، یا ارتداد و یا ندادن زکات باز دارد. هم‌چنین حق دارد فرد معینی را مأمور رسیدگی به بزه ربا، قمار و شرطبندی کند ولی نمی‌تواند او را از رسیدگی شرعی به این جرایم ممنوع سازد. و نیز می‌تواند در جرایم تعزیری، مجازات را احصا و قاضی را ملزم کند که کیفر منظور را از میان آنها برگزیند ولی در جرایم حدود یا جرایم قصاص و دیه حق ندارد قاضی را مجبور کند تا مجازات دیگری غیر از کیفرهای مقرره‌ی شرعی را مورد حکم قرار دهد.

قاضی صلاحیت رسیدگی به جرمی را خواهد داشت که فقط شریعت آن را جرم دانسته و قانون نسبت به آن ساکت است با این شرط که مجازات شرعی آن همانند و در ردیف مجازات‌های جرایمی باشد که وی قانوناً صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد. سکوت مقنن نسبت به این قبیل جرایم، اهمیت ندارد. زیرا شریعت آنها را جرم دانسته و مرتکبان آن را قابل مجازات شناخته است. به علاوه، شریعت در هر حال به "ولی امر" اجازه نمی‌دهد تا احکام آن را تعطیل کند و در چنین صورتی قضات نباید از قانون‌گذار تبعیت کنند. هر قاضی وظیفه دارد احکام شریعت را رعایت و مجازات شرعی را مورد حکم قرار دهد به شرط آن که قانوناً صلاحیت رسیدگی به جرایم هم‌ردیف قانونی را داشته باشد.

هم‌چنین قاضی برای رسیدگی به جرایمی صالح خواهد بود که شرعاً جرم تلقی شده و قانون هم آنها را جرم دانسته ولی دیدگاه و فلسفه و علت مجرمانه بودن عمل از نظر وی با دیدگاه شریعت مخالف است. در این مورد قاضی مطابق نظر شریعت عمل خواهد کرد، علت صلاحیت قاضی در اینجا نیز همان است که در بالا بیان گردید.

اگر جرم، از جرایمی باشد که فقط قانون آن را جرم شناخته است، قاضی در صورتی صلاحیت رسیدگی دارد که قضاوتش خارج از احکام شریعت یا اصول و روح کلی آنها نباشد و اگر چنین وضعیتی پیش آید، نسبت به آن جرم و با تکیه بر قانون موردنظر حق رسیدگی نخواهد داشت. زیرا او مجاز نیست، جز آن که مطابق حکم شریعت نظر بدهد؛ یا به این اعتبار که مستند قانونی اتهام متهم شرعاً باطل است، حکم برائت وی را صادر کند.

اشاره شد که در موردی که عملی از دیدگاه شریعت مجازات تعزیری دارد ولی قانون آن را جرم ندانسته است، قاضی شرعاً موظف است نسبت به مورد اتهام، رسیدگی و مجازات

تعیین کند. سؤال این است که در این صورت، کدام مجازات مورد حکم قرار می‌گیرد؟ آیا یکی از مجازات‌های مقرر در قانون جزا مورد حکم واقع می‌شود و یا یکی از مجازات‌های تعزیری شرعی؟

در پاسخ باید بگوییم که یکی از مجازات‌های تعزیری شرعی مورد حکم قرار خواهد گرفت و قاضی نمی‌تواند آن عمل را با یکی از مجازات‌های قانونی کیفر دهد. زیرا مقنن هر عملی را که جرم دانسته برای آن کیفر معینی را نیز در نظر گرفته است و هر مجازاتی هم حداقل و حداکثری دارد، به نحوی که مجازات‌ها برحسب اختلاف جرایم با هم‌دیگر متفاوت هستند. و جز این، برای جرایمی که قانوناً تصریح نشده است، مجازات‌های کلی دیگری وضع نکرده است.

به این ترتیب ممکن نیست مواد قانون مجازات در مواردی که به مخیّله‌ی مقنن خطور نکرده اعمال شود. در این موارد فقط باید یک و یا چند مجازات تعزیری شرعی که به تشخیص قاضی با اوضاع و احوال حاکم بر عمل مجرمانه و مشخص مجرم سازگار است، مورد حکم قرار بگیرد. این امر بدان جهت است که در شریعت برای جرایم تعزیری مجموعه‌ای از مجازات‌ها، (سبک‌ترین نوع تا شدیدترین آن) پیش‌بینی گردیده و شخص قاضی است که پس از آگاهی به اوضاع و احوال حاکم بر مجرم و واقعه‌ی مجرمانه، مجازاتی را که شایسته‌ی جرم باشد تعیین می‌کند. وی ملزم نیست که برای هر جرمی کیفر معینی را در نظر بگیرد، بلکه در انتخاب مجازات آزاد است و می‌تواند در صورتی که حکومت حدود اختیار قاضی را در جرایم تعزیری که قانوناً تصریح شده‌اند مقید سازد؛ یا در برخی از جرایم تعزیری شرعی، که قانون نیز آنها را جرم دانسته، محدود کند، قاضی کماکان در مورد جرایم تعزیری که قانوناً جرم شناخته نشده‌اند، اقتدار و اختیار خواهد داشت. زیرا قاعده این است که سلطه‌ی قاضی از نظر شریعت وسیع است و محدودیت اعمال شده از جانب "ولی امر"، در جرایم و مجازات‌های معین متصور است، بدین‌سان در مواردی که مقنن، قاضی را مقید نساخته است، سلطه و اقتدار وی پابرجاست، و محدودیت، منحصراً در موردی خواهد بود که مقنن تعیین کرده است. با این وصف در جرایم تعزیری که فقط از دیدگاه شریعت جرم تلقی شده‌اند و قانون درباره‌ی آنها ساکت است، قاضی می‌تواند با مجازات‌های توبیخ، تهدید و تازیانه و زندانی و تبعید، اعدام و حبس ابد و سایر مجازات‌های تعزیری، متهم را کیفر دهد و البته قاضی محکمه‌ی جنحه فقط می‌تواند غیر از مجازات‌های حبس ابد و حبس نامحدود و اعدام را مورد حکم قرار دهد، زیرا از مطالعه‌ی قانون جزا معلوم می‌شود که مقنن قصد داشته دو مجازات مزبور در صلاحیت دادگاه‌های جنایی باشد.

اما در مورد جرایم تعزیری که کیفر قانونی آنها با مجازات شرعی مخالف است، نحوه‌ی عمل به این ترتیب خواهد بود که هرجا مجازات قانونی با حکم شریعت یکسان است به قانون عمل می‌شود، و هرجا که قانون با حکم شریعت مخالف است حکم شریعت ملاک عمل قرار می‌گیرد، عیناً مانند مواردی که قانون ساکت است، ولی شریعت عملی را جرم دانسته است، مثلاً در مورد بزه "ربا" هر شکلی از آن را که قانون جرم ندانسته به حکم شرع عمل می‌شود و در صورتی که مجازات قانونی ربا با مجازات شرعی آن مخالف است، باز هم به حکم شرع عمل خواهد شد. اما در اشکالی که مجازات قانونی با مجازات شرعی یکسان است، احکام قانونی اعمال خواهند گردید.

۲۰۳. حق سوم ـ حق عفو:[۱] از مسلمات شرعیه است که در جرایم تعزیر ـ نه غیر آنها ـ "ولی امر" حق عفو دارد، او می‌تواند جرم را مورد عفو قرار دهد یا از مجازات مجرمان ـ به طور کلی یا جزئی ـ بگذرد. ولی امر، هم در جرایم تعزیری شرعی و هم در جرایمی که قانوناً احصا شده‌اند، این حق را داراست. یادآوری می‌شود که این حق، مقید است به این که استعمال آن با احکام شریعت یا اصول کلی و روح تشریعی آنها مخالف نباشد، هم‌چنان که استعمال آن باید متضمن مصلحت جامعه یا دفع مفسده باشد.

حق "ولی امر" در اعلام عفو جرایم و مجازات‌ها وقتی به رسمیت شناخته می‌شود که سبب آن موجود باشد؛ یعنی موقعی می‌تواند جرمی را مورد عفو قرار دهد که آن جرم رخ دهد یا وقتی می‌تواند، کیفری را مورد عفو قرار دهد، که حکم بر مجازات صادر شده باشد، به این ترتیب حکومت حق ندارد، پیشاپیش و قبل از آن که جرایم رخ دهند و حکم بر مجازات صادر شده باشد، آنها را مورد عفو قرار دهد. زیرا این اقدام به معنای مجاز ساختن اعمال ممنوعه است نه عفو جرم و مجازات.

تردید نیست که حکومت "ولی امر" می‌تواند، چنانچه مصلحت عمومی ایجاب کند اعمالی را که قبلاً ممنوع ساخته بود مجاز اعلام کند. این حق از آنجا ناشی می‌شود که شریعت به ولی امر، در مواردی که منافع عمومی اقتضا می‌کند حق تجدید نظر داده است تا اعمال مجاز را ممنوع سازد پس کسی که حق دارد عمل مباحی را حرام و ممنوع سازد، حق دارد مجدداً آن را مجاز اعلام کند.

اما "ولی امر" نمی‌تواند اعمالی را که شریعت ممنوع و غیرمجاز شناخته است، مباح و مجاز بشناسد، زیرا حکومت دستور ممنوعیت آنها را صادر نکرده است که قادر باشد

---

۱. مراجعه شود به شماره‌های ۹۵ تا ۹۸ جلد دوم.

مجدداً مباح و مجاز سازد و شریعت درباره‌ی این افعال فقط "حق عفو" را برای حاکم در نظر گرفته است. شریعت این اعمال را برای همیشه حرام و ممنوع ساخته و مرتکب آنها را شایسته‌ی کیفر شناخته است، لیکن به حکومت، این اختیار را تفویض کرده است که اگر عفو را بهتر از مجازات تشخیص دهد، آن را اعمال کند و اگر صلاح در اعمال مجازات است همان را انجام دهد، بلکه حتی می‌تواند جرم را مشمول عفو قرار دهد و در مجازات هم، تمام یا بخشی از آن را عفو کند. پس از به وجود آمدن جرم و یا صدور حکم بر محکومیت کیفری و در صورت اقتضای مصلحت عمومی آنها را عفو کند، و اگر پیش از به وجود آمدن جرایم آنها را عفو کند، به معنای مجاز ساختن اعمال ممنوعه است و نه عفو آنها. "ولی امر" نمی‌تواند چیزی را که شریعت حرام دانسته مجاز بشمارد و آنچه را خداوند مجاز نشمرده مباح بداند و اگر چنین کند، عملش باطل و بی‌تأثیر است.

چنین حقی بدین دلیل از حکومت ساقط است که در صورت تفویض آن، احکام شریعت عبث و بیهوده می‌ماند. زیرا حکومت هرگاه تمایل داشت می‌تواند آنها را تعطیل کند.

به این ترتیب، درست خواهد بود گفته شود که ارتکاب اعمالی که براساس شریعت جرم است و قانون نسبت به آنها سکوت اختیار کرده، مجاز و مباح است. زیرا حکومت حق ندارد چیزی را که شریعت حرام و ممنوع ساخته، حلال و مشروع بداند، هم‌چنین این سخن درباره‌ی اعمالی که قانوناً جرم محسوب می‌شوند و با شریعت هم ناسازگار هستند، صحیح نخواهد بود و هم‌چنین اولیای امور نمی‌توانند اعمالی را که از نظر شریعت و قانون جرم شناخته شده‌اند، مشروع و مجاز اعلام کنند. حکومت فقط حق دارد آنچه را رأساً ممنوع ساخته و شریعت آن را حرام ندانسته است، مجدداً مباح و مجاز بشناسد.

اینک که حق "ولی امر" در اعلان عفو بیان شد، می‌توان ادعا کرد جرایمی را که حکومت تعیین می‌کند و مجازات‌هایی را که برای آنها در نظر می‌گیرد، جزو حقوق وی به شمار می‌آید و حق دارد چیزی را که امروز حرام دانسته، فردا مباح و مشروع سازد و نیز حق دارد مجرم را مجازات یا کیفر وی را مورد عفو قرار دهد، هم‌چنان‌که اصل جرم را هم می‌تواند مشمول عفو قرار دهد. حکومت در استعمال این حق هیچ قید و محدودیتی ندارد جز آن که باید اقدامش با مصلحت عمومی و تحقق آن سازگار باشد. اما جرایمی که شریعت آنها را ممنوع ساخته و برای آنها کیفر در نظر گرفته است از وضعیت کاملاً متفاوتی برخوردارند، هر عملی که بنابر قرآن و سنت حرام دانسته شده است، هیچ کس و هیچ مقامی نمی‌تواند آن را حلال و مجاز بشمارد و هر مجازاتی را که شارع در جرایم حدود یا جرایم قصاص و دیه در نظر گرفته است، مجازات‌های لازم‌الاجرایی محسوب می‌شوند که حکومت نمی‌تواند

آنها را مهمل بداند و اجرا نکند؛ یا مورد عفو قرار دهد. ولی کیفرهایی که برای جرایم تعزیری از طرف شارع پیش‌بینی شده‌اند، هرچند لازم‌الاجرا و واجب هستند، با این حال این اختیار به حکومت اعطا شده است که اگر عفو، موجب تأمین مصلحت عمومی گردد، از مجازات صرف نظر شود. هم‌چنین در صورت اقتضای مصلحت عمومی، خود جرم را نیز مورد عفو قرار دهد و نیز می‌تواند در مقابل هر جرم تعزیری، کیفر معینی از میان مجازات‌های تعزیری را تعیین کند و یا اگر مصلحت عمومی اقتضا کند بیش از یک مجازات در نظر بگیرد. پس حق "ولی امر" در جرایم و مجازات‌هایی که شریعت تعیین کرده است، فقط به تنظیم مجازات‌ها و عفو آنها و نیز عفو جرم تعزیری محدود است.

فقها این مسئله را مورد بحث قرار داده و به این نتیجه رسیده‌اند که اقامه‌ی مجازات‌های حدود برای "ولی امر" و حکومت واجب است و اگر آنها را اجرا نکند، بر هر فردی واجب است که در اقامه‌ی آنها بکوشد و در صورت اقدام هم، بزه‌کار تلقی نمی‌شود و در این صورت چون واجب کفایی است، تکلیف دیگران نیز ساقط می‌گردد. جان کلام این که، فقها اقامه‌ی حدود را از واجباتی می‌شمارند که بر تمامی افراد و آحاد مردم اعم از حاکم و محکوم واجب است و تکلیف مزبور هنگامی از عهده‌ی آنان ساقط می‌شود که اقامه شوند و عفو و تأخیر آنها جایز نیست.

هم‌چنین فقها اجماعاً می‌گویند، کیفرهای مقرره برای جرایم قصاص و دیه در حکم کیفرهای جرایم حدود هستند و مادامی که مجنی‌علیه یا سرپرست او مجازات را عفو نکند، اقامه‌ی آنها واجب است و اگر "ولی امر" آنها را اقامه نکند، مجنی‌علیه حق دارد شخصاً یا با ولی‌دم، جانی را قصاص کند بدون آن که بزه‌کار شناخته شود.[۱]

فقها اتفاق نظر دارند که "ولی امر" نمی‌تواند چیزی را که خداوند حلال دانسته حرام سازد؛ یا چیزی را که ممنوع دانسته ــ با هر میزان مجازات ــ مباح و مجاز بداند. ولی در مورد اقامه و اجرای مجازات‌های تعزیری، اختلاف نظر دارند. به عقیده‌ی مالک و ابوحنیفه و احمد، اقامه‌ی کیفرهای تعزیری بر "ولی امر" واجب است و حق ندارد آنها را اقامه نکند، مگر آن که نتیجه‌ی عفو بهتر از اعمال کیفر باشد و چنانچه مصلحت عمومی اقتضا کند بعد از وقوع جرم، آن را مورد عفو قرار دهد؛ یا پس از صدور حکم بر محکومیت کیفری، از مجازات بگذرد. نظریه‌ی این فقها بر این اصل استوار است که حرمت جرایم تعزیری و وجوب مجازات آنها برای مصلحت عمومی است و بدان سبب است که نظم عمومی که ــ

---

۱. *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۴۴؛ *الام*، ج ۶، ص ۱۷۱؛ *حاشیة‌البنائی*، ج ۸، ص ۱۱۸؛ *شرح فتح‌القدیر*، ص ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۱۲ و ۱۱۳.

پایه و قوام جامعه به حساب می‌آید ـ حفظ شود. چون حاکم و "ولی امر" نماینده‌ی همان جامعه محسوب می‌شود که او را برای حفظ مصالح و پاس‌داری از نظم عمومی انتخاب کرده‌اند بر او واجب است که جرایم تعزیری را کیفر دهد و اقامه‌ی آنها را مادامی که بنابر مصلحت و نظم عمومی، عفو آنها اقتضا نکند، متروک نسازد. فقط در صورت اقتضای مصلحت دایر به عفو، وجوب اقامه‌ی کیفر از ذمّه‌ی وی ساقط می‌شود.[1]

به عقیده‌ی شافعی، اقامه‌ی کیفرهای تعزیری حق "ولی امر" است، و چنین نیست که بر او واجب باشد. براساس رأی شافعی، "ولی امر" هم می‌تواند جرم و مجازات را مورد عفو قرار دهد و هم می‌تواند اعمال مجازات کند و اگر مایل باشد کیفر ندهد، به نظر وی، هر عملی که انسان بتواند آن را انجام دهد و اگر مایل به انجام دادن آن نباشد، انجام ندهد، حق تلقی می‌گردد نه تکلیف.[2]

قبول نظریه‌ی شافعی در هر حال به تعطیل احکام شریعت که متضمن جرایم تعزیری است منتهی نمی‌گردد. زیرا نظر شافعی بر این نیست که "ولی امر" حق دارد احکام شریعت را معطل سازد؛ یا آنچه را شریعت حرام دانسته، مشروع و مجاز شمارد، بلکه می‌گوید: "ولی امر" می‌تواند کیفر دهد یا عفو کند. بنابر این از نظر شافعی، جرم هم‌چنان جرم است و آنچه را شرع انجام‌دادنش را حرام دانسته، حرام می‌داند و نهایتاً معتقد است پس از وقوع جرم، "ولی امر" می‌تواند کیفر دهد یا عفو کند. استعمال این حق به رعایت مصلحت جامعه و نظم عمومی مقید است که گاهی ایجاب می‌کند مجازات عفو شود و چه بسا اعمال آن را ایجاب نماید و "ولی امر" نمی‌تواند برخلاف اقتضای مصالح عمومی و نظم جامعه عمل کرده به مقتضای آن پاسخ مثبت ندهد زیرا هنگامی حق عفو مجازات و یا اعمال آن به ولی امر اعطا می‌شود که قادر باشد مصلحت جامعه را رعایت و نظم آن را برقرار کند. اداره‌ی امور جامعه از آن جهت به عهده‌ی او گذاشته شده است که حامی مصالح جامعه و پاس‌دار نظم آن باشد.

واقعیت این است که مقصود شافعی تعطیل احکام شریعت یا ممنوعیت از مجازات جرایم تعزیری نیست، بلکه مقصود وی از نظریه‌اش بیان مسئولیت اولیای امور از نتایجی است که ممکن است از اعمال مجازات ناشی گردد، مانند فوت، قطع عضو، یا فلج شدن عضو و از این قبیل. دلیل مدعا این است که فقهای مذهب شافعی از این نظریه در باب "ضمان اتلاف" بحث می‌کنند و آن را در باب تعزیرات طرح نکرده‌اند. به نظر آنان، مجازات‌های تعزیری از حقوق "ولی امر" به حساب می‌آیند زیرا می‌تواند آن را عفو یا اعمال

---

۱. *حاشیة البنائی و شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۱۵ و ۱۱۶؛ *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۶۳ و ۶۴؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۴۸.

۲. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۲ و ۱۶۳.

کند، و مجازاتی را از میان مجازات‌ها انتخاب و مورد حکم قرار دهد و مادامی‌که حاکم ملزم نیست کیفر دهد و یا ملزم نیست که کیفرهای معینی را مورد حکم قرار دهد پس در مقابل نتایجی که ممکن است از اعمال مجازات حاصل شود، مانند فوت، یا فلج شدن عضو و یا قطع شدن آن، مسئول و ضامن خواهد بود. زیرا می‌توانست کیفر دیگری را که به این نتیجه منتهی نگردد انتخاب کند، هم‌چنان که می‌توانست اصلاً مجازات نکند. پس اگر مجازات معینی را مورد حکم قرار داده که به فوت جانی منتهی گردیده است، مسئول نتیجه‌ی عملش خواهد بود. زیرا وی حق خود را اعمال کرده است و قاعده‌ی شرعی این است که استعمال حق به شرط سلامت مقید است.[1]

به این ترتیب، مقصود از نظریه‌ی شافعی، تعطیل احکام شریعت نبوده است و یا این نظر را نداشته که مجازات جرایم تعزیری را ممنوع سازد بلکه مقصود وی حصول به این نتیجه بوده است که اولیای امور در مقابل آثار و نتایجی که از اعمال مجازات‌های تعزیری پدیدار گردد، مسئول هستند.[2]

اگر این ملاحظات را در نظر داشته باشیم، ضمن درک حقیقت نظریه‌ی شافعی، بر ما آشکار خواهد شد که هرچند به عقیده‌ی او مجازات در ید اختیار "ولی امر" است، حق ندارد آن را اقامه نکند، مگر آن که مصلحت عمومی ایجاب کند. این نظریه از جهت نتیجه‌ی عملی که بر آن بار می‌شود با نظریه‌ی مالک و ابوحنیفه و احمد که در عین اعتقاد به وجوب مجازات به "ولی امر" اجازه می‌دهند برای رعایت مصلحت عمومی مجازات‌ها را اعمال نکند، اختلاف چندانی ندارد، پس هر دو نظریه از حیث نتیجه‌ی عملی که بر اعمال مجازات مترتب است، با یکدیگر اختلاف ندارند؛ هرچند از حیث فقهی و مسئولیت "ولی امر" در مقابل سرایت اثر مجازات با یکدیگر متفاوت هستند.

---

۱. *الام*، جلد ۶، ص ۱۷۱؛ *اسنی المطالب*، جلد ۴، ص ۱۶۲.

۲. *همان*، ص ۱۶۳.

فصل دوم

قلمرو مقررات جزائی در زمان

۲۰۴. قاعده‌ی اصولی: قاعده‌ی کلی در شریعت اسلامی این است که مقررات جزائی فقط پس از انتشار و اطلاع مردم از آنها اجراشدنی هستند[1] و نسبت به وقایع پیش از انتشار و اطلاع مردم اعمال نمی‌شوند. مقتضای این قاعده آن است که مقررات جزائی اثر قهقرایی ندارند؛ یعنی عطف به ماسبق نمی‌شوند و کیفر جرایم با مقرراتی خواهد بود که در زمان ارتکاب بزه "معمول به" باشند.

در کتب فقهی، مباحث خاصی که "اثر رجعی" مقررات موضوع بررسی آنها باشد وجود ندارد، لیکن این گونه نیست که شریعت "عطف به ما سبق شدن" را نپذیرفته و متعرض آن نشده باشد. کسی که در "آیات الاحکام" قرآن و اسباب نزول آنها تتبع و بررسی کند به آسانی می‌تواند نظریه‌ی کامل شریعت را درباره‌ی عطف به ماسبق شدن مقررات، یا اثر رجعی آنها به دست آورد.

نتیجه‌ی تتبع موصوف این است که مقررات جزائی به موجب قاعده‌ی کلی شرعی، عطف به ماسبق نمی‌شوند. این قاعده‌ی کلی دو استثنا دارد:

استثنای اول: ممکن است مقررات جزائی در مورد جرایم خطرناکی که امنیت و نظم عمومی را در معرض خطر قرار می‌دهند، به گذشته تسری یابد و اثر رجعی داشته باشد.

استثنای دوم: اگر عطف به ماسبق به نفع متهم باشد، واجب است که به گذشته تسری یابد.

---

۱. به شماره‌ی ۸۷ مراجعه شود.

تفاوت این استثناها در این است که اولی در اختیار شارع و مقنن قرار دارد او می‌تواند مقررات جزائی را به شرط آن که مصلحت عمومی اقتضا کند به گذشته هم سرایت دهد و در مورد دوم "عطف به ماسبق" واجب است و مقنن نمی‌تواند از سرایت آن نسبت به گذشته جلوگیری به عمل آورد. در ذیل دلایل این قاعده و استثناهای آن بررسی می‌شود:

۲۰۵. قاعده‌ی کلی "عطف به ماسبق نشدن مقررات جزائی": قاعده‌ی کلی "عطف به ماسبق نشدن مقررات جزائی" از بررسی "آیات الاحکام" جزائی و اسباب نزول آنها استحصال می‌شود. تمام احکامی که "گناهان" را حرام دانسته‌اند پس از انتشار اسلام نازل شده‌اند و به موجب آنها، جرایمی که پیش از نزول، رخ داده بودند، مجازات نشدند به استثنای جرایم قذف و محاربه که به نظر برخی مجازات مقرره‌ی شرعی، نسبت به قذف و حرابه‌ای که قبل از نزول رخ داده بودند، اعمال گردید. چون بررسی یکایک جرایم مقدور نیست به بررسی چند جرم با اهمیت اکتفا می‌شود.

زنا از ابتدای نزول اسلام ممنوع شد و مجازات آن در ابتدای امر سبک و عبارت بود از تنبیه و آزردن و "حبس در بیوت". خداوند می‌فرماید: «واللاتی یأتین‌الفاحشة من نسائکم فاستشهدوا علیهن اربعة منکم، فان شهدوا فأمسکوهن فی‌البیوت حتی یتوفاهن‌الموت، أو یجعل‌الله لهن سبیلا، واللذان یأتیانها منکم فآذوهما، فان تابا و اصلحا فأعرضو عنهما» (نساء، ۱۵ و ۱۶). سپس مجازات زنا شدت یافت و به تازیانه و رجم تبدیل شد. مطابق این آیه‌ی مبارکه که خداوند می‌فرماید: «الزانیة و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة» (نور، ۲) و پیامبر (ص) نیز در این زمینه می‌فرماید «از من فراگیرید که مجازات زنای غیرمحصن صد تازیانه و یک سال تبعید است و زنای محصنه صد تازیانه و رجم است». اگر تشدید مجازات زنا اثر رجعی داشت، مجازات جلد و رجم نسبت به زناهایی که پیش از اعلام این دو مجازات رخ داده بودند، اعمال می‌گردید ولی تاریخ نشان نداده است که کسی را به سبب زنایی که قبل از تشدید مجازات آن مرتکب شده است تازیانه زده یا سنگسار کنند، پس حکم متضمن مجازات زنا، اثر رجعی نداشته است.

قبل از نزول امر خداوند دایر بر ممنوعیت ازدواج با "زن پدر"، این امر جایز بود. پس از آن که خداوند امر به آن فرمود، این نکاح دوصورت یافت، یک نوع آن شکل جنایی و نوع دیگر آن شکل مدنی به خود گرفت. از حیث جنایی ازدواج با زن پدر جرم تلقی شد و از لحاظ مدنی و حقوقی، این نکاح یکی از عقود به حساب آمد. پس شریعت، ازدواج با زن پدر را جرم تلقی کرد ولی آن را به گذشته تسری نداد زیرا خداوند می‌فرماید: «ولا تنکحوا مانکح

آباؤکم من‌النساء الا ما قد سلف انه کان فاحشة و مقتا و ساء سبیلا» (نساء، ۲۲) بنابر این، حکم این آیه را فقط به ازدواج‌هایی که پس از نزول آیه و آگاهی مردم بدان صورت گرفت اعمال کرده است ولی نزول حکم مزبور اثر دیگری داشت؛ یعنی زن و شوهرهایی که به شکل مزبور ازدواج کرده بودند از هم‌دیگر جدا شدند، پس این حکم از حیث مدنی اثر رجعی گذاشت که تا زمان انعقاد عقد تسری یافت ولی از نظر جزائی به گذشته سرایت نکرد و هیچ یک از افرادی که عقد نکاح خود را فسخ کردند مجازات نشدند زیرا خداوند می‌فرماید «الا ماقد سلف».

در مورد تحریم ازدواج با مادران و دختران و سایر محارم نیز قضیه به شکل فوق بود. آیه‌ی قرآن تعداد محارمی را که ازدواج با آنان حرام است شمارش کرده است و در ادامه می‌فرماید: «و ان تجمعوا بین الأُختین الا ما قد سلف اِنّ الله کان غفوراً رحیماً» (نساء، ۲۳). نتیجه‌ی نزول آیه‌ی تحریم، جدایی و تفرقه میان زوجین در ازدواج‌های ممنوع بود، پس این حکم از حیث مدنی اثر رجعی داشت ولی از لحاظ جزائی به گذشته تسری پیدا نکرد و هیچ یک از افرادی که پیش از نزول آیه‌ی تحریم با محارم ازدواج کرده بودند مجازات نشدند زیرا خداوند می‌فرماید «الا ماقد سلف».

چنین پدیده‌ای در دوره‌ای هم که قرآن کریم ازدواج دایم با بیش از چهار زن را حرام دانست رخ داد. اعراب با بیش از چهار زن ازدواج می‌کردند وقتی این آیه نازل شد که می‌فرماید: «فانحکوا ما طاب لکم من‌النساء مثنی و ثلاث و رُباع» (نساء، ۳) میان شوهر و همسران مازاد بر چهارم جدایی انداخت ولی هیچ زوجی به اعتبار عملی که قبل از نزول آیه انجام داده بود کیفر ندید، پس این آیه از جنبه‌ی مدنی اثر رجعی داشت ولی از جنبه‌ی جزائی به گذشته سرایت نکرد.

می‌گساری و قماربازی طی مراحلی ممنوع شد. مسلمانان از این که با حالت مستی اقامه‌ی نماز کنند، نهی شدند. به موجب این آیه که خداوند می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا لا تقربوا الصلاة و انتم سکاری حتی تعلموا ما تقولون» (نساء، ۴۳) سپس خداوند بیان فرمودند که خمر و قمار نفع و گناه دارند ولی گناهشان بیشتر از منفعت است. می‌فرماید: «یسألونک عن الخمر و المیسر قل فیهما اثم کبیر و منافع للناس، و اثمهما اکبر من نفعهما» (بقره، ۲۱۹). بعداً شراب‌خواری و قماربازی را به طور کلی و قاطعانه ممنوع ساخت زیرا خداوند می‌فرماید: «انماالخمر و المیسر و الانصاب و الازلام رجس من عمل‌الشیطان فاجتنبوه» (مائده، ۹۰) و حضرت رسول (ص) حد شرب خمر را تازیانه و کیفر قماربازی را تعزیر تعیین کردند لیکن تاریخ نشان نداده است که کسی به سبب شرب خمر و بازی قماری که

پیش از نزول این آیه مرتکب شده بود مجازات شود. هیچ یک از مقررات ناظر به تحریم نسبت به گذشته اثر رجعی نداشته است و لذا می‌توان گفت نصوصی که شرب خمر و قماربازی را حرام دانسته‌اند، عطف به ماسبق نشده‌اند.

در شریعت اسلام، کیفر سرقت، قطع دست است زیرا خداوند می‌فرماید: «والسارق و السارقة فاقطعوا أیدیهما جزاء بما کَسَبَا نکالا من‌الله» (مائده، ۳۸) اما کسی نگفته است که این حکم، در مورد سارقی که پیش از نزول آیات مرتکب سرقت گردیده، اعمال شده است لذا می‌توان گفت که حکم سرقت، عطف به ماسبق نشده است.

خداوند رباخواری را تحریم کرده است و حال آن که قبلاً مباح بود، می‌فرماید: «و احل الله‌البیع و حرم‌الربا فَمَن جائه موعظة من ربه فانتهی فله ماسلف و امره الی‌الله و من عاد فاولئک اصحاب‌النار هم فیها خالدون» (بقره، ۲۷۵). در موضع دیگری می‌فرماید: «یا ایهاالذین آمنو اتقوالله و ذروا ما بقی من‌الربا اِن کنتم مؤمنین فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله و رسوله. و اِن تبتم فَلکم رئوس اموالکم لا تظلمون و لا تظلمون» (بقره، ۲۷۸ و ۲۷۹). مسئله‌ی ربا پس از نزول آیه‌ی حرمت از یک جهت جرم تلقی شد و از جهت دیگر عمل مدنی به حساب آمد. نصوص تحریم، متضمن دو حکم هستند، یکی از آنها جزائی و دیگری حقوقی و مدنی است. حکم جزائی ایجاب می‌کند که ربا خواری پیش از نزول تحریم مجازات نداشته و پس از نزول آیات تحریم، قابل مجازات باشد. و حکم مدنی اقتضا می‌کند که طلب‌کار فقط حق داشته باشد اصل پول خود را مطالبه کند، پس حکم جزائی اثر رجعی ندارد و حکم مدنی دارای اثر رجعی است که به زمان انعقاد عقد ربوی برمی‌گردد.

خداوند کشتن شکار را در حال احرام، حرام ساخته و برایش مجازات در نظر گرفته است ولی آنچه را در گذشته رخ داده، عفو کرده است تا بگوید که این حکم عطف به ماسبق نمی‌شود می‌فرماید: «ای اهل ایمان در حال احرام شکار را نکشید و هر کس آن را دانسته کشت مثل آن صید را از نعمت‌هایی که دارد و به مثل بودن آن، دو مؤمن عادل حکم کند، به عنوان قربانی به کعبه رساند، یا چند مسکین را طعام دهد یا به عوض آن روزه بدارد تا ببخشد عقوبت مخالفتش را، خدا گذشته را مورد عفو قرار داده است ولی هر که دیگر بار به مخالف برگردد خدا از وی انتقام کشد و خدا مقتدر است و از همه انتقام تواند کشید» (مائده، ۹۵).

این‌ها برخی از احکام جزائی است که با تتبع و بررسی، عدم اثر رجعی در آنها آشکار شده و تا همین مقدار ما را به شیوه‌ای که شریعت در مقررات جزائی دارد ره‌نمون گشته است و به سوی قاعده‌ی کلی شرعی راه‌بری می‌کند.

برخی از نصوص، مصرح‌اند که گذشته مورد عفو قرار گرفته و اثر رجعی نداشته است، برخی دیگر به این نکته تصریح نکرده‌اند و این عدم تصریح فی‌نفسه اهمیت ندارد زیرا تصریح به عفو از گذشته در برخی از نصوص، به یک قاعده‌ی عمومی تبدیل شده است؛ هرچند در ضمن نص خاصی آمده، نسبت به تمامی احکام جزائی انطباق‌پذیر خواهد بود و نه صرفاً نسبت به احکامی که متضمن "الا ماقد سلف" هستند. این تفسیر با یک قاعده‌ی اساسی شرعی دیگر سازگار است که بنابر آن: «انسان مخاطب تکلیف قرار نمی‌گیرد مگر آن که انجام‌دادن آن ممکن و مکلف نیز قادر به انجامش باشد و شناخت او از تکلیف به حدی برسد که بتواند از عهده‌ی انجامش برآید» و هم‌چنین با قاعده‌ی اساسی دیگر سازگار است که بنابر آن «اعمال عقلا پیش از ورود نص هیچ حکمی ندارد» هم‌چنان که با سایر احکام دیگر شرعی هم سازگار است. خداوند می‌فرماید: «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» (اسراء، ۱۵) و «ما اهلکنا من قریة الا لها منذرون» (شعراء، ۲۰۸) و باز می‌فرماید: «و پروردگار تو اهل هیچ شهر و دیاری را تا در مرکز آن رسولی نفرستد که آیات ما را بر آنها تلاوت کند هرگز هلاک نکند و ما هیچ دیاری را هلاک نکنیم مگر آن که اهلش ظالم و بیدادگر باشند» (قصص، ۵۹).

بنابر آنچه بیان شد، چنین بر می‌آید که اقتضای قاعده‌ی عمومی شرعی در مقررات جزائی این است که، این مقررات اثر رجعی ندارند و احکام شریعت و مبانی کلی و تاریخ آنها قاطعانه برآنند که «مقررات جزائی عطف به ماسبق نمی‌شوند».

۲۰۶. استثنای اول ـ جایز بودن سرایت قانون به گذشته در مورد جرایم بزرگی که امنیت و نظم عمومی را در معرض خطر قرار می‌دهند: قاعده‌ی عمومی شرعی، عطف به ماسبق نشدن مقررات جزائی است. ولی در مورد جرایم بزرگ و خطرناکی که امنیت و نظم عمومی را در معرض خطر قرار می‌دهند جایز است که قایل به استثناء شویم و آن را به گذشته هم تسری دهیم. از مثال‌هایی که برای این استثنا می‌توان آورد عبارت‌اند از جرایم قذف و محاربه و ظهار که مجازات آنها نسبت به وقایعی که پیش از نزول رخ داده‌اند، اجرا شده است.

در مورد آیه‌ی قذف اختلاف است به نظر برخی این حکم پیش از واقعه‌ی "افک" نازل شده بود، و زمانی که آن حادثه رخ داد و خداوند عایشه را مبرا دانست، حکم نص درباره‌ی قاذفین اجرا گردید و به مجازات مقرر در آن محکوم شدند. اگر این نظر درست باشد، حکم قذف اثر رجعی نداشته زیرا معلوم نیست که بر واقعه‌ی پیش از نزول اعمال گردیده است یا

نه. به عقیده‌ی برخی ــ که البته رأی برتر و قوی نیز هست ــ حکم قذف به مناسبت واقعه‌ی «افک» وارد شده است. اگر این نظر درست باشد، حکم قذف اثر رجعی داشته، زیرا چیزی که ثابت و مسلم است این که پیامبر (ص) در مورد قاذفین حد جاری کرد؛ یعنی این حکم را درباره‌ی واقعه‌ای که پیش از نزول نص رخ داده بود، اجرا کرد.

ممکن است عطف به ماسبق شدن این حکم به سبب آثار مهمی باشد که آن حادثه از خود به جای می‌گذاشت. گروهی به همسر پیامبر نسبت زنا دادند و آبروی او را به خطر انداختند و عایشه و پیامبر (ص) را با دروغ و خلاف حقیقتی که بیان کردند، آزردند. به نحوی که جامعه‌ی اسلامی دچار اضطراب شد و نزدیک بود که مسلمانان هم‌دیگر را بکشند. روایت شده است که پیامبر (ص) پس از این واقعه بالای منبر رفت و فرمود: «ای گروه مسلمین چه کسی درباره‌ی شخصی که آزار او به خانواده‌ی من رسیده از من پوزش می‌طلبد، به خداوند سوگند از همسرم جز نیکی چیزی نمی‌دانم و از مردی که صحبت کرده‌اند نیز جز خیر و نیکی چیزی نمی‌دانم آنچه علیه همسرم گفته شده است مرا می‌آزارد». سعد بن معاذ انصاری از میان جمعیت برخاست و گفت: یا رسول الله من از شما پوزش می‌طلبم، اگر این مرد از قبیله‌ی اوس باشد گردنش را می‌زنیم و اگر از قبیله‌ی خزرج باشد هرچه دستوردهی همان کنیم. سعد بن عباده برخاست ــ او بزرگ قبیله‌ی خزرج و مرد شایسته‌ای بود لیکن احتمال می‌رفت که جانب‌داری کند ــ خطاب به سعد بن معاذ گفت: به خداوند قسم او را نمی‌کشی و برکشتن او قدرت نداری. اسید بن خضیر که پسرعمه‌ی سعد بن معاذ بود برخاست و درجواب سعد بن عباده گفت: به خداوند سوگند او را می‌کشیم، تو منافقی به طرف‌داری آنان جدل می‌کنی. دو قبیله‌ی اوس و خزرج متأثر شدند و هجوم آوردند که با یکدیگر قتال کنند، پیامبر (ص) آنان را دعوت به سکوت و آرامش کرد؛ تا این که سکوت[1] اختیار کردند. این حادثه که عن‌قریب سبب فتنه میان مسلمانان می‌شد چنان اهمیت داشت که خداوند در این خصوص آیه نازل فرمود، بنابر این، چنین وقایعی مهم است و جامعه و نظم آن را به خطر می‌اندازد و شایسته‌تر است که مقررات جزائی نسبت به آنها عطف به ماسبق شود. زیرا در چنین حادثه‌ای کیفر دادن متهمان باعث آرامش احساسات برانگیخته و هیجان زده گشته و آثار سوء بر جای مانده از بزه را از میان برمی‌دارد.

در اسباب نزول آیه‌ی "حرابة" هم اختلاف است. نظر جمهور بر آن است که این آیه در ارتباط با "عرنین" که گروهی از "عرنیه" بودند نازل گردیده است، اینان نزد حضرت رسول و

---

۱. *تفسیر طبری*، ج ۱۸، ص ۵۳؛ *تفسیر الوسی*، ج ۱۸، ص ۷۹؛ *تفسیرالشهاب* علی بیضاوی، ج ۶، ص ۱۵۹.

در مدینه سکنی گزیدند و حامل یک نوع بیماری بودند. پیامبر (ص) به آنان دستور داد عهده‌دار نگهداری گله‌ی شتران شیرده شوند و از شیر و بول آنها بیاشامند، چنین کردند، وقتی بهبود یافتند، چوپانان را به قتل رساندند و گله را با خود بردند، پیامبر (ص) گروهی را مأمور دستگیری آنان کرد. وقتی آن عده را به حضور رسول خدا آوردند خداوند متعال در این زمینه فرمود: «انما جزاءالذین یحاربون الله و رسوله، و یسعون فی‌الارض فساداً، ان یقتلوا، او یصلبوا، او تقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف او ینفوا من‌الارض ذلک لهم خزی فی‌الدنیا، و لهم فی‌الاخرة عذاب عظیم» (مائده، ۳۳). گفته شده است که این آیه درباره‌ی گروهی از اهل کتاب نازل گشته است که با پیامبر (ص) پیمان دوستی بسته بودند و عهد خود را شکستند و راه را به روی مردم بستند و در زمین افساد کردند. ابن‌جریر روایت کرده است که این آیه "عتابا للنبّی" نازل گردیده است، زیرا وی دست‌های گروه عرنیه را برید و بدون معالجه و بستن زخم‌هایشان رها کرد و چشمانشان را درآورد، به همان شکلی که آنان چوپان‌ها را کور کرده بودند آن گاه این آیه در مقابل تحریم "مثله" نازل گشت.[۱]

اگر روایت ابن جریر صحیح تلقی شود و آیه پس از مجازات "عرنین" نازل گردیده باشد،حضرت رسول آنان را مطابق آیه‌ی «و جزاء سیئة مثلها» (شوری، ۴۰) و «فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم» (بقره، ۱۹۴) کیفر داده است، و با این وصف، آیه‌ی مزبور، حکم جدید را در مجازات کسانی که یکی از اعمال مزبور را مرتکب شوند، ارائه کرده است. نتیجه‌ی صحیح بودن روایت مزبور این است که حکم یاد شده اثر رجعی نداشته باشد، زیرا نسبت به واقعه‌ای که پیش از نزول رخ داده، اعمال نگردیده است. و اگر روایتی که می‌گوید در ارتباط با مجازات "عرنین" و یا درباره‌ی گروهی از مشرکان نازل گردیده است صحیح باشد، پس آیه، راجع به مجازات واقعه‌ای که پیش از نزول آن رخ داده، نازل گشته و از این رو به گذشته عطف شده است. عقیده‌ی جمهور فقها بر این است که آیه درباره‌ی مجازات "عرنین" نازل گردیده و از این رو به موجب رأی برتر، حکم آیه عطف به ماسبق شده است.

تردید نیست که مصلحت ایجاب کرده تا حکم آیه به گذشته تسری یابد، حادثه‌ی عرنین بسیار وحشتناک بود، بیم آن می‌رفت که اگر به دست‌اندکاران آن حادثه کیفر سخت و بازدارنده تحمیل نمی‌کردند، دیگران بر مسلمانان و نظام جدید تجری می‌یافتند. به قطع راه‌ها تشجیع می‌شدند و امنیت و نظم عمومی را به خطر می‌انداختند. همان‌گونه که برای حکم قذف اثر رجعی قایل شدند، تا زبان‌های هرزه‌گوی را قطع کنند و فتنه را بخوابانند و

---

۱. *تفسیر طبری*، ج ۶، ص ۱۱۹؛ *تفسیرالمنار*، ج ۶، ص ۳۰۲؛ *تفسیر قرطبی*، ج ۶، ص ۱۴۸.

احساسات هیجان زده را به آرامش و سکوت برسانند. پس حفظ امنیت و حمایت از جامعه و نظم آن اولین و آخرین مقصود از عطف به ماسبق شدن مقررات جزائی است.

هرچند اسباب نزول آیه‌ی قذف و آیه‌ی محاربه مورد اختلاف است، در اسباب نزول آیه‌ی ظهار اختلافی نیست و اگر اختلاف در آن دو آیه، این تردید را به وجود می‌آورد که آیا شریعت اجازه می‌دهد تا مقررات جزائی به گذشته تسری یابند یا خیر باید گفت، اتفاق نظر در شأن نزول آیه‌ی ظهار و این که ناظر به واقعه‌ی پیش از نزول است به صورت قطع بیان می‌کند که شریعت اسلام اجازه می‌دهد تا حکم جزائی به گذشته سرایت کند. نتیجه‌ی قطعی به دست آمده از آیه‌ی ظهار، موجب از میان رفتن اختلاف موجود در دو آیه‌ی قذف و حرابه می‌شود با تأکید بر این که دو آیه‌ی مزبور نیز به گذشته سرایت کرده است.

ظهار[1] در جاهلیت و صدر اوّل اسلام طلاق محسوب می‌شد؛ یعنی اگر ظهار به عمل می‌آمد، نتیجه‌اش فسخ عقد نکاح بود و جرم هم تلقی نمی‌شد؛ تا این که اوس بن صامت، همسرش "خوله" را ظهار کرد و به وی گفت: انت علی کظهر امی، خوله نزد پیامبر آمد و عایشه در حال شستن سرش بود. به پیامبر گفت: یا رسول‌الله سالیان سال با همسرم زندگی کرده‌ام، جوانی و زیبایی‌ام در این راه از دست رفته‌اند اینک که پیر شده‌ام و نازا، مرا ظهار کرده است. پیامبر (ص) فرمود: بر او حرام شده‌ای، جواب داد به پیشگاه خداوند گله خواهم کرد و ادامه داد: یا رسول‌الله سالیان سال با او به سر کرده‌ام، زیبایی و جلوه‌ی تنم را از دست داده‌ام و حال او مرا ظهار کرده است، پیامبر فرمود: بر او حرام هستی. هرچند پیامبر بر وی چنین می‌گفت فریاد می‌کشید که به خداوند شکایت خواهم کرد. وحی نازل گشت و عایشه که بخش دیگری از موهای سرش را می‌شست از جا برخاست و با اشاره، خوله را به سکوت دعوت کرد. وقتی پیام وحی تمام شد، پیامبر (ص) به خوله فرمود: شوهرت را نزد من بیاور، وقتی حاضر شد، وحی را به او تلاوت کردند: «ای رسول، خداوند سخن آن زن را که درباره‌ی شوهرش با تو به مجادله برخاسته و به خدا شکایت می‌کند، شنید و گفت‌وگوهای شما را نیز می‌شنود که خدا البته شنوا و بیناست، آنان که بر زنان خود ظهار کنند آنها مادر حقیقی شوهران نخواهند شد بلکه مادر ایشان جز آن که آنها را زاییده نیست و این مردم سخن باطل و ناپسند می‌گویند و خدا را عفو و بخشش بسیار است و آنان که از زنان خود ظهار کنند آن گاه از گفته برگشتند پیش از تماس و مجامعت برده‌ای را آزاد کنند به این

---

۱. ظهار عبارت از آن است که، مرد مقاربت با زنی را که برایش حلال است به مقاربت با یکی از محارم اعم از نسبی و سببی و رضاعی شبیه کند اعراب از این موضوع به "ظهر" تعبیر می‌کردند و مثلاً مردی می‌گفت: «امرأتی علی کظهرامی» و از این رو آن را "ظهار" نامیده‌اند که از ریشه "ظهر" مأخوذ است.

عمل پند و موعظه شوید و خدا به تمام کردار شما آگاه است پس هر که نیابد، باز باید پیش از جماع دو ماه پی در پی روزه بگیرد باز اگر نتواند شصت مسکین را طعام دهد، این حکم برای آن است که شما به خدا و رسول ایمان آورید و این حدود، احکام الهی است و کافران را عذاب سخت مهیاست» (مجادله، آیات ۱ و ۲ و ۳ و ۴).

با آیات فوق که درباره‌ی ظهار نازل گشته‌اند، خداوند خبر می دهد که لفظ "ظهار" که با آن زنان را طلاق می‌دادند "منکراً من‌القول و زور" است. "منکراً من‌القول" سخنی است که حقیقت ندارد و "زور" به معنای دروغ است و خداوند از آن جهت فرموده است ظهار سخن دروغی است که عرب‌ها با ظهار، زنان خود را مانند مادران خود می‌دانستند و حال آن که زنان مانند مادران و سایر محارم آنان نمی‌شوند زیرا محارم نیز برای ظهارکننده هرگز حلال نمی‌شوند. بدین‌گونه خداوند ظهار را حرام ساخته و برایش مجازات در نظر گرفته است و آن را از باب یک تصرف حقوقی، به مقوله‌ی جرم و از باب یک عمل مباح، به مقوله‌ی مجازات وارد ساخته اسبت. حکم آیه‌ی ظهار اولین بار درباره‌ی اوس بن صامت اعمال شد، پیامبر (ص) به وی فرمود: آیا می‌توانی برده‌ای را آزاد کنی؟ جواب داد نمی‌توانم. فرمود: در این صورت مجازات ظهار دو ماه متوالی روزه گرفتن است آیا می‌توانی دو ماه روزه بداری؟ جواب داد یا رسول الله اگر روزانه سه بار غذا نخورم چشمانم بینایی‌اش را از دست می‌دهد. فرمود اگر کسی نتواند دو ماه روزه بگیرد باید به شصت مسکین غذا بدهد، آیا این کار از عهده‌ی تو بر می‌آید؟ جواب داد نمی‌توانم مگر آن که کمک کنی، پیامبر به وی کمک مالی داد تا شصت نفر مسکین را طعام داد و بعد از آن به همسرش رجوع کرد.[1]

و چون مجازات ظهار در مورد اوس بن صامت به سبب واقعه‌ای که پیش از نزول آیه رخ داده بود اعمال گردید، معنایش این است که آیه‌ی ظهار عطف به ماسبق شده است.

۲۰۷. استثنای دوم ـ وجوب عطف به ماسبق شدن مقررات جزائی، چنانچه به نفع متهم باشد: اگر حکم جزائی جدید که به نفع متهم می‌باشد تصویب شود، واجب است که در مورد او اعمال گردد؛ هرچند در زمان ارتکاب، قانون لازم الاجرا، مجازات شدیدتری را پیش‌بینی کرده باشد، مشروط به آن که حکم محکومیت متهم که به استناد قانون سابق صادر شده، قطعی نشده باشد و در این صورت (یعنی قطعی شدن حکم سابق)، مجدداً متهم به موجب قانون جدید محاکمه نخواهد شد که در این حالت، بنابر قانون جدید، مجازات سبک‌تری برای جرم در نظر گرفته و اعمال می‌شود که مقصود از مجازات، جلوگیری از

---

۱. *المقدمات* ابن رشد، ج ۲، ص ۱۴۰ و ۱۴۱.

وقوع بزه و حمایت جامعه است پس اگر مصلحت جامعه ایجاب کند که در مجازات تخفیف قایل شوند، باید متهم به موجب قانون جدید محاکمه شود و به تحمل مجازات خفیف محکومیت یابد. زیرا حفظ مصلحت جامعه در تشدید مجازات نیست، به علاوه، عدالت ایجاب می‌کند که اگر مجازات مجرمان برای حمایت از جامعه است، کیفیت و کمیت مجازات بیش از نیاز جامعه نباشد، از آن گذشته، همیشه معلول در وجود و عدم، با علت هم‌راه است.

از مثال‌های بارزی که برای این استثنا می‌توان آورد، بزه قتل است. عرب‌ها پیش از اسلام با برتری و تفاخر و با امتیازات از هم‌دیگر باز شناخته می‌شدند و اگر در میان آنها وقایعی از قبیل قتل عمد یا خطا رخ می‌داد، متداعیین بنابر عناوین امتیاز و فخرشان، لحاظ می‌شدند؛ مثلاً دیات به این ملاحظه متفاوت بودند در حدی که خون‌بهای شریف قوم چندین برابر دیه مرد معمولی می‌شد. این تباین به حدی گسترده بود که علاوه بر افراد در مورد قبایل نیز تسری می‌یافت، مثلاً خون‌بهای مردی از قبیله‌ی نضیر دو برابر دیه مردی از قبیله‌ی قرطبی بود. اگر یکی از اشراف عرب کشته می‌شد، فقط به کشتن قاتل اکتفا نمی‌کردند، بلکه از قبیله‌ی قاتل یکی از اشراف که هم‌طراز و کفو مقتول به حساب می‌آمد، کشته می‌شد و چه بسا راضی نمی‌شدند مگر این که چندین نفر را بازاء مقتول بکشند. یکی از افراد قبیله‌ی غنی، به نام شاس بن زهیر کشته شد. کسان قاتل نزد پدر او زهیربن جذیمه رفتند و گفتند: در مورد کشته شدن "شاس" چه می‌گویی (از ما چه می‌خواهی؟) جواب داد: یکی از سه چیز را؛ و غیر از آنها چیز دیگری مرا راضی نمی‌کند. گفتند آن سه چیز کدام‌اند؟ جواب داد: شاس را زنده کنید و به من برگردانید یا این عبای مرا از ستاره‌های آسمان پر کنید، یا همه‌ی افراد قبیله را در اختیار من بگذارید تا آنها را بکشم. اگر چنین کنید، فکر نمی‌کنم مابازاء دیگری بخواهم. این ولی مقتول است که بازاء خون فرزندش، کشتن تمام افراد قبیله‌ی قاتل را کافی نمی‌داند!

وقتی کلیب بن وایل کشته شد، افراد دو قبیله روزگار بلندی با هم‌دیگر جنگیدند و برخی از آنها بعضی دیگر را خلع سلاح و در میان آنها به پسر کلیب برخورد کردند که نامش بجیر بود. او را گرفتند، گفت: به ناتوانی من آگاه شدید، بجیر همان کلیب است که از جنگ دست کشیده، گفتند بجیر کلیب را بدنام کرد. بعدها بجیر با آنان نبرد کرد و از اشراف قبیله به حساب آمد.[۱]

اسلام وقتی نازل گردید که هنوز بعضی از اعراب، گاهی به خون‌خواهی برمی‌خاستند.

---

۱. *الام*، ج ۶، ص ۷؛ *تفسیر القرطبی*، ج ۲، ص ۲۴۴.

قوانین اسلام حکم و روش‌های جاهلی را نابود کرد و مردم را در قضاوت و حکم برابر دانست. خداوند می‌فرماید «آیا باز تقاضای تجدید حکم جاهلیت را دارند؟ و کدام حکم از حکم خدا برای اهل یقین نیکوتر خواهد بود؟» (مائده، ۵۰) اسلام خون شریف و وضیع، آزادگان و بردگان و زنان و مردان را یکسان دانست. خداوند می‌فرماید: «یا ایهاالذین آمنوا کتب علیکم القصاص فی القتلی، الحر بالحر، و العبد بالعبد، و الانثی بالانثی، فمن عفی له من اخیه شیء فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان، ذلک تخفیف من ربکم و رحمة، فمن اعتدی بعد ذلک فله عذاب الیم» (بقره، ۱۷۸). پس از نزول این حکم برتری در خون‌ها و جراحت‌ها و دیات از میان رفت، و در مورد قتل و جراحت‌هایی که تا آن تاریخ مورد رسیدگی قرار نگرفته بودند رعایت گردید و به این ترتیب، این حکم نسبت به گذشته تسری یافت.

به اجرای این قاعده، نتایج بااهمیت و مهمی به شرح ذیل مترتب است:

۱ـ چنانچه قانون جدید پیش از رسیدگی به اتهام تصویب شده و به نفع متهم باشد وی براساس قانون جدید محاکمه خواهد شد؛ هرچند جرم را در زمان حکومت قانون قدیم مرتکب شده باشد.

۲ـ اگر قانون جدید پس از صدو حکم تصویب شود و به نفع محکوم‌علیه باشد، باقی مانده‌ی مجازات، مطابق قانون جدید اعمال خواهد شد.

۳ـ اگر در قانون جدید که پس از صدور حکم محکومیت تصویب می‌شود، وصف مجرمانه از عمل ارتکابی اخذ شود و آن مجازات‌پذیر دانسته نشود، واجب است که حکم صادره که براساس قانون قدیم اعلان شده است، اجرا نشود، و اگر به مرحله‌ی اجرا درآمد، اجرای باقی مانده‌ی محکومیت متوقف شود.

۴ـ اگر در قانون جدید برای اتهام، کیفر شدیدتری پیش‌بینی شود در مورد متهم اعمال نمی‌شود، زیرا به نفع وی نیست، و اصل این است که متهم به موجب قانونی محاکمه شود که در زمان ارتکاب بزه لازم الاجرا بود و اعمال می‌شد.

۲۰۸. بررسی تطبیقی: در صفحات پیشین به توضیح اصول ناظر بر دیدگاه شریعت درباره‌ی قلمرو قانون جزا در زمان پرداخته شد. این اصول همان‌هایی است که امروزه در قوانین وضعی پذیرفته شده است، با این تفاوت که اصول مزبور در این قوانین در قرون اخیر پذیرفته شده است و الا در گذشته بر مبنای قاعده‌ی حاکم، مقنن می‌توانست به هر قانون جزائی که مایل است اثر رجعی قایل شود و در این مورد هیچ محدودیت و قیدی نداشت. وقتی انقلاب فرانسه پدید آمد این حق را ملغی اعلام کرد و به مقنن اجازه نداد که قانون جزا را به

گذشته سرایت دهد. این اصل از دوران انقلاب کبیر فرانسه مورد احترام بود و رعایت می‌شد؛ تا این که علمای حقوق و قانون‌گذاران در اواخر قرن گذشته و اوایل قرن حاضر متوجه شدند که تقیید مطلق قانون‌گذار به این که هیچ قانون جزائی را به طور کلی عطف به ماسبق نداند به مصالح جامعه آسیب می‌رساند؛ هرچند با منافع فرد سازگار باشد. دراین‌باره نظر دادند که رعایت مصلحت جامعه بر مصلحت افراد مقدم است و بنابر مصلحت، لازم است قانون‌گذار بتواند و حق داشته باشد که قانونی را به ماسبق عطف کند. حقوق‌دانان ایتالیایی از این دسته‌اند به عقیده‌ی آنان، قوانینی که نسبت به جرایم، مجازات شدیدتری پیش‌بینی می‌کنند عطف به ماسبق می‌شوند زیرا حق و منافع جامعه نسبت به حقوق و منافع افراد مقدم است. به نظر حقوق‌دانان انگلیسی، پذیرفتن "عطف به ماسبق شدن"مجازات شدیدتر، معقول است. مقنن مصری و فرانسوی عطف به ماسبق شدن قوانین را در مورد مجرمان به عادت پذیرفته است.[1]

از آنچه گفته شد، بنابر اصل جدید که مورد قبول حقوق‌دانان قرار گرفته و قانون‌گذاران نیز آن را پذیرفته‌اند چنین بر می‌آید که علی‌الاصول مقنن حق ندارد قانون جزا را به گذشته تسری دهد ولی به صورت استثنا و چنانچه مصالح عمومی اقتضا کند این حق را خواهد داشت. این اصل همان است که شریعت اسلام پذیرفته است.

در نتیجه‌ی جنگ جهانی اخیر و به سال ۱۹۴۵، دولت‌های پیروز، رهبران و پیشوایان و حاکمانِ، دولت‌های شکست خورده را به محاکمه کشیدند و آنها را به مجازات‌هایی نظیر اعدام و زندان و محکومیت به اعمال شاقه محکوم ساختند. موضوع اتهام، اعمالی بود که به موجب قوانین داخلی کشورهای غالب و مغلوب جرم تلقی نمی‌شدند از نظر حقوق بین‌الملل نیز جرم به حساب نمی‌آمدند و قبلاً قابل مجازات نبودند. این محاکمه‌ی تاریخی، رعایت گسترده‌ی قاعده‌ی عطف به ماسبق شدن قوانین جزائی است که پیش از آن سابقه نداشت.

اما رعایت قانون اخف نسبت به متهم بازاء جرایم ارتکابی قبلی، قاعده‌ای است که تقریباً همه‌ی قوانین وضعی آن را می‌پذیرند؛ هرچند آن را فقط در قرن پیش پذیرفته‌اند.

پس از این بررسی تطبیقی می‌توان ادعا کرد که قوانین وضعی از قرن گذشته، نظریه‌ی شریعت اسلام را در مورد عطف به ماسبق شدن قوانین جزائی پذیرفته‌اند، و آنچه را امروزه جدیدترین آراء و نظریه‌ها در قوانین وضعی می‌شناسیم، چیزی نیست جز رعایت دقیق نظریه‌ای که دین اسلام از ۱۳ قرن قبل مبدع آن بوده است.

---

۱. علی بدوی، *القانون‌الجنائی*، ص ۱۱۶ و ۱۱۷؛ *الموسوعةالجنائیه*، ج ۵، ص ۵۸۶ به بعد.

فصل سوم

قلمرو قوانین جزائی در مکان

۲۰۹. آیا شریعت اسلامی جهانی است یا منطقه‌ای؟! شریعت اسلامی بر اصل جهانی‌بودن تکیه دارد، اسلام برای کل جهان آمده است نه برای بخشی از آن، همه‌ی مردم روی زمین مخاطب آنند نه برخی از آنها، یک آیین همگانی است، چنین نیست که ویژه‌ی قوم و جنس و قاره‌ی خاصی باشد. آیین سراسر گیتی است، مسلمانان و غیرمسلمانانِ شهروندان دولت‌های اسلامی و غیراسلامی، مخاطب آنند. لیکن چون همه‌ی انسان‌ها به آن ایمان ندارند، و ممکن نیست احکام اسلام بر آنها فرض و واجب گردد این وضعیت اقتضا می‌کند تا احکام شریعت در سرزمین‌هایی اجرا شود که تحت تسلط مسلمانان قرار دارند. به این ترتیب، رعایت احکام شریعت با سلطه و تسلط مسلمانان ارتباط تنگاتنگ دارد، هرگاه قلمرو حکومت مسلمانان گسترش یابد، دامنه‌ی اعمال احکام شریعت نیز گسترده می‌شود و هرگاه این قلمرو محدود گردد، محدوده‌ای که شریعت حکومت خواهد داشت، به همان نسبت محدود خواهد شد. بنابر این، امکانات و ضرورت تنها سببی است که شریعت اسلام را به آیین منطقه‌ای و اقلیمی تبدیل می‌کند؛ هرچند در اصل و اساس یک شریعت جهانی است. می‌توان چنین گفت که شریعت اسلامی از نظر علمی و نظری، آیین جهانی است و از حیث عملی و قابلیت اجرایی یک آیین منطقه‌ای و اقلیمی.

۲۱۰. تقسیم‌بندی جهان: فقها به همین اعتبار جهان را بر دو قسم می‌دانند: اول ـ جهان اسلام که آن را دارالاسلام می‌نامند. دوم ـ کشورهای دیگر که بدان "دارالکفر" نام نهاده‌اند. در قسم

اول، اعمال شریعت اسلام واجب است و در قسم دوم به لحاظ عدم امکان، اعمال احکام شریعت مقدور و ممکن نیست.

۲۱۱. دارالاسلام: دارالاسلام به کشورهایی اطلاق و شامل می‌شود که احکام اسلام در آنها نمود خارجی می‌یابد[۱] و یا ساکنان مسلمانش می‌توانند احکام اسلام را آشکار سازند.[۲] پس مناطقی که همه‌ی ساکنان یا اکثر آنها مسلمان هستند و هر کشوری که مسلمانان در آن مسلط بوده و حکومت می‌کنند هرچند بیشتر ساکنان آن را غیرمسلمانان تشکیل دهند، جزء دارالاسلام محسوب می‌شوند. و نیز هر کشوری که حکومتش در اختیار غیرمسلمین باشد ولی مسلمانان بتوانند احکام اسلام را آشکار و تصمیم بر اشاعه‌ی احکام اسلامی بگیرند و با مانع و رادعی مواجه نشوند، آنجا دارالاسلام به حساب می‌آید.

ساکنان دارالاسلام دو نوع هستند: مسلمانان یعنی مجموعه‌ی کسانی که به اسلام ایمان دارند و ذمی‌ها که عبارت‌اند از غیر مسلمانانی که صرف نظر از اعتقادات دینی خود، به احکام اسلام ملتزم هستند و در دارالاسلام اقامت دایم دارند و ممکن است مسیحی، یهودی، زردشتی، ستاره‌پرست یا افراد لائیک باشند.

ساکنان دارالاسلام اعم از مسلمین و غیرمسلمین، جان و مالشان در پناه و حمایت اسلام است به عبارت دیگر، "معصوم"اند. زیرا عصمت[۳] در اثر دو امر به وجود می‌آید: ایمان و امان. معنای ایمان، اسلام و معنای امان، پیمان است که با عقد ذمّه، پیمان مودت و قرارداد صلح و قراردادهای مشابه به وجود می‌آید. پس هر کس به رسالت حضرت محمد (ص) ایمان آورد، یعنی مسلمان شده است و خون و مالش برای اسلام معصوم شده است زیرا آن حضرت می‌فرماید: مأمورم با مردم تا جایی ستیز کنم که بگویند لااله‌الاالله و اگر این سخنان را بگویند، جان و مالشان عصمت می‌یابند مگر به حکم قانون. و هر کس با یکی از عقود مودت در پناه مسلمانان داخل شود در اثر همان قرارداد، خون و مالش معصوم است؛ هرچند در دین خود پای‌بند مانده باشد. پس در دارالاسلام، جان و مال مسلمانان برای اسلام و جان و مال ذمی‌ها برای انعقاد قرارداد، معصوم است.[۴]

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، جلد ۷، ص ۱۳۰.
۲. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۰۴.
۳. معنای عصمت عدم اباحه است. معصوم بودن جان و مال کسی به این معناست که جان و مال او بر کسی حلال نیست.
۴. همان، ج ۷، ص ۱۰۲؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۳۱؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۱۸؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۱۰، ص ۶۳۰.

امان در شریعت اسلامی بر دو نوع است:[۱] امان موقت و امان دایم. امان موقت آن است که قرارداد، محدود باشد، مانند پیمان متارکه‌ی جنگ؛ یا اجازه‌ی دخول به دارالاسلام و امان دایم، آن است که نامحدود باشد و این امان فقط با عقد ذمّه به وجود می‌آید و فقط ذمی‌هایی‌که در دارالاسلام اقامت دایم دارند از آن بهره‌مند می‌شوند و بازاء این بهره‌مندی، بایستی به احکام اسلام ملتزم شوند.[۲]

۲۱۲. دارالحرب: به سرزمین‌هایی که تحت تسلط مسلمانان قرار ندارد؛ یا احکام اسلام در آنها آشکار نمی‌گردد؛ اعم از آن که تحت اقتدار یک دولت باشند یا دولت‌های متعددی بر آنها حکومت برانند و اعم از آن که ساکنان دایمی آن مسلمان باشند و یا غیرمسلمان؛ تا زمانی که مسلمانان از اظهار اسلام در آن عاجزند، جزو دارالحرب به شمار می‌آیند.

ساکنان دارالحرب نیز بر دو نوع هستند: حربی و مسلمان. حربی‌ها ساکنان دارالحرب هستند که به اسلام ایمان ندارند و به هر یک از آنان حربی اطلاق می‌گردد. حربی‌ها معصوم نیستند و چنانچه میان آنان و دارالاسلام پیمان یا قرارداد صلح موجود نباشد جان‌ها و مال‌هایشان مباح است زیرا هم‌چنان که قبلاً بیان شد، عصمت در اثر دو چیز به وجود می‌آید که عبارت‌اند از ایمان و امان و در صورتی که میان حربی‌ها و دارالاسلام پیمانی موجود نباشد، حق ندارند وارد دارالاسلام شوند و اگر داخل شوند، جان و مالشان مباح و جایز است که کشته شوند و اموالشان مصادره گردد؛ هم‌چنان که جایز است به اسارت گرفته شوند یا مورد عفو قرار بگیرند.

چنانچه حربی در اجرای پیمان و یا با اجازه، و یا به موجب قرارداد خاصی به دارالاسلام داخل شود، مستأمن نامیده می‌شود و جان و مال مستأمن موقتاً عصمت می‌یابد زیرا امان وی موقت است نه دایم و حق دارد طی مدت قرارداد به سلامت در دارالاسلام سکونت کند. چنانچه مدت قرارداد پایان پذیرفت به حالت "حربی" باز می‌گردد این در صورتی است که دارالاسلام را ترک کند، اما اگر به میل خود در آنجا بماند به عقیده‌ی بعضی به محض اتمام

---

۱. *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۱۰۶؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۲۱۰؛ *مواهب الجلیل*، ج ۳، ص ۳۶۰ تا ۳۶۴ و ۳۸۰ به بعد؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۷۸.

۲. ذمّی، به تمام احکام اسلام ملتزم نیست، و فقط به احکامی ملتزم است که با اعتقاد دینی وی معارض نباشد پس در مقابل احکام مربوط به ضمان نفس و مال و آبرو و اقامه‌ی حد در جرایمی که حرام شمرده می‌شوند، مانند سرقت و... ملتزم هستند ولی به چیزهایی که آن را حلال می‌دانند مثل شرب خمر، ملتزم نیستند، مراجعه کنید: *الشرح الکبیر*، ج ۱۰، ص ۶۱۱؛ *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۱۱۱ به بعد.

مهلت قرارداد، ماهیت حربی پیدا می‌کند و به نظر برخی چون ماندن در سرزمین اسلام را پذیرفته است ذمی به حساب می‌آید و به صورت دایم از عصمت بهره‌مند می‌گردد.

اما مسلمانی که در دارالحرب ساکن و به دارالاسلام مهاجرت نکرده است به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد مانند هر مسلمانی از ساکنان دارالاسلام، جان و مالش معصوم است؛ هرچند که در دارالحرب سکونت دارد و اقامتش به طول می‌انجامد و اگر بخواهد به دارالاسلام وارد شود نباید از ورودش جلوگیری شود. به نظر ابوحنیفه، مسلمانی که در دارالحرب ساکن است و به دارالاسلام مهاجرت نمی‌کند به خاطر اسلام از عصمت بهره‌مند نمی‌گردد زیرا به عقیده‌ی وی، عصمت، تنها از اسلام ناشی نمی‌گردد بلکه عصمت مسلمان از عصمت دارالاسلام و شوکت آن که از قدرت و تجمع مسلمانان نشئت می‌گیرد، ناشی می‌شود و چون مسلمان در سرزمین کفر از قدرت و شکوه بهره‌مند نیست پس عصمت هم ندارد ولی حق دارد هر وقت بخواهد به دارالاسلام داخل شود و در این صورت از عصمت بهره‌مند می‌گردد.[1]

هم‌چنان که حربی، در صورتی که بدون اجازه وارد دارالاسلام گردد مباح‌الدم می‌شود، در صورتی که مسلمان و ذمی هم بدون اجازه و قرارداد به دارالحرب داخل شوند نسبت به حربی‌ها مباح‌الدم خواهند بود و چنانچه با اجازه و در اجرای قرارداد داخل شده باشند به شرط آن که اقامتشان موقت باشد، مستأمن نامیده می‌شوند و البته حق دارند هر وقت که بخواهند به دارالاسلام مراجعت کنند. اگر مسلمان به میل خود مایل باشد که به طور دایم در دارالحرب سکونت گزینند، تا زمانی که به اسلام پای‌بند است، شخصیت حقوقی خود را از دست نمی‌دهد و اگر از اسلام دست بردارد، حربی خواهد شد و اگر ذمی اراده کند که دارالحرب را اقامتگاه دایمی خود برگزینند، حربی می‌شود.

چنانچه مرد مسلمان یا ذمی با زن حربی و یا مستأمن ازدواج کند در اثر عقد نکاح، زوجه ذمی محسوب می‌شود. اما اگر حربی مستأمن با زن ذمیه ازدواج کند، زوجه در اثر ازدواج، حربی محسوب نمی‌شود، همان طور که به موجب رأی برتر، زوج هم در اثر ازدواج، ذمی نخواهد شد. اما اگر مستأمن با یک زن مستأمن ازدواج کند، سپس زوج عقد ذمّه منعقد سازد، زوجه هم مانند وی ذمی خواهد شد.[2]

۲۱۳. قلمرو منطقه‌ای شریعت تا کجاست؟ در مطالب قبل توضیح داده شد که اسلام در اصل آیین جهانی است و از جهت عملی و گستره‌ی امکانات، اقتضا می‌کند اقلیمی و منطقه‌ای

---

۱. *همان*، ص ۳۵۲.

۲. *البحرالرائق*، ج ۳، ص ۱۰۲.

بوده و فقط در دارالاسلام قابل اجرا باشد. اینک باید بدانیم محدوده‌ی این منطقه تا کجا است؟ آیا شریعت درباره‌ی همه‌ی کسانی که در کشورهای اسلامی سکونت دارد اعمال می‌شود یا فقط درباره‌ی برخی از افراد قابلیت اجرایی دارد؟ و اگر نسبت به کلیه‌ی جرایمی که در دارالاسلام به وقوع می‌پیوندد حکومت دارد، آیا به جرایمی که ساکنان دارالاسلام در دوره‌ی اقامت در سرزمین کفر مرتکب شده‌اند نیز حکومت می‌کند یا خیر؟

اصل این است که مقررات جزائی اسلام مشمول همه‌ی کسانی که در دارالاسلام ساکن هستند می‌شود؛ هرچند که در این سرزمین‌ها حکومت‌های متعدد با سیستم‌های گوناگون حکم برانند. پس بالسویه خواهد بود که کلیه‌ی بلاد اسلامی تحت حکومت واحد باشند؛ چنانچه در دوره‌ی امویان بود و یا دول متعدد در آن حاکم باشند؛ چنانچه امروزه وجود دارد. احکام شریعت مشمول همه‌ی ساکنان می‌شود؛ خواه پیشرفته باشند یا عقب‌مانده؛ در جلگه‌های مسطح زندگی کنند یا در میان دره‌ها؛ در صحراها زندگی کنند و یا در کوه‌ها. اختلاف دین و زبان و جنس اهمیت ندارد. کسانی که در دارالاسلام سکونت دارند نه تنها در آنجا، بلکه در خارج از آن نیز باید به احکام اسلام پای‌بند باشند. بنابر این و براساس اصل کلی شرعی، مقررات شریعت نسبت به جرایمی که در دارالاسلام رخ می‌دهند ـ بزه‌کار هرکس که می‌خواهد باشد ـ و جرایمی که از طرف ساکنان سرزمین اسلام در دارالحرب سرزده است، حاکم خواهد بود. اساس این اصل، طبیعت شریعت و اوضاع و احوال آن است. هم‌چنان که اشاره شد، اسلام دینی جهانی است، و از این نظر احکامش در مورد هر جرمی که در هر یک از نقاط عالم پدید آید قابل اجراست، و چون امکان آن که در غیر از بلاد اسلامی و ساکنانش بر محل و شخص دیگری اجرا شود، ضرورتاً به اجرای مقررات آن نسبت به جرایمی که در دارالاسلام رخ می‌دهند اکتفا می‌شود؛ هرچند بزه‌کار از ساکنان آنجا به حساب نیاید. و چون اجرای آنها در قلمرو اسلامی در مورد کسی که در این قلمرو یافت شود مقدور است، درباره‌ی جرایمی هم که از طرف ساکنان دارالاسلام طی اقامتشان در دارالحرب رخ داده‌اند اجرا خواهند شد. زیرا اجرای آنها در مورد اشخاصی که در قلمرو اسلامی سکونت دارند ممکن است؛ هرچند در دارالحرب قابل اجرا نباشند.

این یک اصل کلی شرعی است که در آن هیچ اختلافی نیست لیکن فقها درنحوه‌ی اعمال آن به اعتبار ملاحظات و دیدگاه‌هایشان اختلاف نظر دارند که سبب پیدایش سه نظریه درباره‌ی "قلمرو مقررات جزائی در مکان" گردیده است.

۲۱۴. نظریه‌ی اول: این نظر را ابوحنیفه ارائه داده است مبنی بر این که شریعت فقط در مورد جرایمی که در دارالاسلام یعنی محدوده‌ی حکومتی دولت اسلامی رخ می‌دهد اجرا

می‌شود. نوع جرم ارتکابی و مرتکب آن، خواه مسلمان باشد و خواه ذمی، در حکم قضیه تفاوتی ندارد زیرا بر مسلمان هیچ قانونی غیر از شریعت اسلام حاکم نیست و نمی‌تواند به پذیرش قانون دیگری جز آن تن دهد، و ذمی هم با قبول عقد ذمّه‌ی دایمی، خود را به احکام اسلام ملتزم و پای‌بند ساخته است.

اما کسی که در دارالاسلام اقامت موقت دارد، چنانچه به ارتکاب جرمی از حقوق الله ــ یعنی جرمی که به جامعه آسیب می‌رساند ــ دست یازد، مشمول احکام شریعت نیست ولی اگر به یکی از جرایم علیه اشخاص دست بزند، مطابق احکام شریعت کیفر می‌بیند، قبلاً اشاره شد که بر چنین کسی مستأمن گفته می‌شود.

ابوحنیفه در توجیه و تعلیل نظر خود می‌گوید: مستأمن برای اقامت به دارالاسلام وارد نمی‌شود، بلکه ورود او برای مقاصد تجاری یا پیام‌رسانی و یا صرفاً گذر و عبور از آنجاست و استیمان چنین نیست که بتواند مستأمن را بر تمام احکام شریعت که بر جرایم و معاملات ناظر است پای‌بند و ملتزم کند بلکه وی در حدی ملتزم است که با مقصود او از دخول در قلمرو اسلامی موافق باشد و او را به مقصدش نایل سازد، پس مکلف است که به انصاف پای‌بند باشد و از آزار دیگران خودداری کند، هم‌چنان که ما نیز ملتزم هستیم در نسبت با وی انصاف را رعایت کنیم و آزارش ندهیم. چون جرایم قصاص و قذف از حقوق‌الناس شمرده می‌شوند و منافع افراد را به خطر می‌اندازند، مستأمن به این دو مجازات کیفر می‌شود، هم‌چنان که در مورد سایر جرایم علیه منافع اشخاص مانند غصب و خیانت در امانت نیز قابل تعقیب خواهد بود. اما در دیگر جرایم، مسئول شناخته نمی‌شود و کیفر نمی‌بیند؛ خواه این مجازات‌ها حقوق‌الله محض باشند و یا جنبه‌ی حق الهی غالب باشد، مانند زنا و سرقت.[1]

جرایمی که مسلمان یا ذمی در خارج از قلمرو دولت اسلامی مرتکب می‌شوند، مشمول احکام شریعت نیست؛ اعم از آن که بزه‌کار در دارالاسلام مقیم بوده و بعداً به دارالحرب مسافرت کرده و سپس برگشته باشد؛ یا از ابتدا در دارالحرب مقیم و بعداً در قلمرو اسلامی مقیم شده باشد. زیرا به نظر ابوحنیفه، مسئله این است که اقامه‌ی حد بر امام واجب است و این امر هم زمانی بر او واجب می‌شود که به این کار قدرت داشته باشد زیرا وجوب، مشروط به وجود قدرت است و امام، بر کسی که در دارالحرب دست به ارتکاب جرم زده، در حین ارتکاب قدرت ندارد و در صورتی که قدرت معدوم باشد، کیفر واجب نمی‌شود.[2]

معنای سخن فوق این است که صدور حکم کیفری ایجاب می‌کند که حاکم در زمان وقوع

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۵۵ و ۱۵۶.
۲. *همان*، ج ۴، ص ۱۵۲ و ۱۵۳.

جرم بر محل وقوع بزه حکومت داشته باشد، و در فرض مسئله، دولت اسلامی بـر مـحل وقوع بزه، استیلا و ولایت ندارد. بر آنچه گفته شد این نتیجه نیز مترتب است که اگر محل وقوع بزه پس از ارتکاب آن در قلمرو دولت اسلامی داخل شود، باز هم احکام شریعت درباره‌ی بزه اعمال نخواهد شد زیرا در زمان وقوع بزه، دولت اسلامی ولایت و حکومت نداشت.

اگر مسلمان یا ذمی پس از ارتکاب بزه به دارالحرب متواری شد، فرارش باعث سقوط کیفر نمی‌شود زیرا عمل ارتکابی مستوجب مجازات است. وضعیت مستأمن در مورد جرایم قابل تعقیب وی نیز چنین است و بازگشت وی به دارالحرب سبب سقوط کیفر نمی‌گردد و مانع از مجازات او نخواهد بود.[1]

اگر دولت اسلامی به دارالحرب لشکرکشی کند هر جرمی که در اردوگاه رخ دهـد در حکم جرایمی است که در قلمرو داخلی رخ داده باشند. زیرا زمـین اردوگـاه در حـیازت و تصرف سپاه دولت است و دولت بر آن تسلط دارد و از این رو اردوگـاه دارالاسـلام تـلقی می‌شود. اما جرایمی که در بیرون از اردوگاه رخ می‌دهند در حکم جرایمی هسـتند کـه در دارالحرب رخ داده باشند.[2] به نظر ابوحنیفه، جرایمی که سپاهیان در اثنای جنگ مـرتکب می‌شوند فاقد حکم کیفری است؛ تا هنگامی که به سرزمین اسلامی برگردند؛ زیرا پـیامبر فرموده است: «در جنگ‌ها دست قطع نمی‌شود».[3]

ابوحنیفه در جرم قتل میان چند حالت تفاوت می‌گذارد. در صورتی که مسلمان یا ذمی مسلمانی را که پس از ایمان به اسلام در دارالحرب مانده و به قلمرو اسلامی مهاجرت نکرده است به قتل رساند، قصاص و دیه ندارد، و اگر مقتول مسلمان یا ذمی، که از اهل دارالاسلام محسوب می‌شود به عنوان مستأمن به دارالحرب وارد شود و به قتل برسد، قصاص ندارد زیرا دولت اسلامی بر محل وقوع بزه ولایت ندارد ولی قاتل به پرداخت دیه ملزم خواهـد بود. اگر مقتول به رغم میلش و اجباراً به دارالحرب وارد شده است، مثلاً او را به اسارت گرفته‌اند به نظر ابوحنیفه، قتل وی، قصاص و دیه ندارد، زیرا اسارت، عصمت اسیر را از میان می‌برد. محمد و ابویوسف دراین‌باره با ابوحنیفه مخالف‌اند و عقیده دارند که اسارت، عصمت اسیر را از میان نمی‌برد، از طرفی قاتل و مقتول از اهل دارالحرب هستند و اگر به سبب عدم ولایت و تسلط دولت اسلامی بر محل وقوع بزه، قصاص ساقط می‌گردد، قاتل ملزم به پرداخت دیه از باب ضمانت قتل خواهد بود، زیرا این مسئولیت در زمان تقاضی و ترافع بر ذمّه‌ی قاتل برقرار است.[4]

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۳۱.

۲. همان، ص ۱۳۲.

۳. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۵۴.

۴. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۳۳.

ابوحنیفه مسلمان و ذمی را که به عنوان مستأمن به دارالحرب وارد می‌شوند مجاز می‌داند که با حربی یا مسلمانی که به دارالاسلام مهاجرت نکرده است قرار داد ربوی منعقد سازند زیرا عقد ربا، موجب اتلاف مال حربی با رضایت اوست و این امر با عقد امان منافات ندارد، و اموال مسلمانی هم که به سرزمین اسلامی مهاجرت نکرده است غیرمعصوم است. ابویوسف با این نظر مخالف است به نظر وی، چنانچه مسلمان یا ذمی به دارالحرب وارد شوند، ملزم هستند، احکام اسلام را رعایت کنند و نباید آنچه را اسلام حرام دانسته هرچند در دارالحرب مباح باشد، انجام دهند. و چون ربا حرمت ذاتی دارد در هر دو منطقه حرام خواهد بود. محمد میان معامله‌ی ربوی با حربی و مسلمانی که مهاجرت نکرده است تفاوت قایل است و عقد ربوی با حربی را به همان دلیلی که ابوحنیفه عنوان کرده است جایز ولی انعقاد آن را با مسلمانی که مهاجرت نکرده غیرجایز می‌داند.[1]

علمای این مذهب، اتفاق نظر دارند که مسلمان و ذمی مجاز نیستند در دارالحرب با یکدیگر معامله‌ی ربوی انجام دهند. و اگر انجام دهند به سبب عدم تسلط دولت اسلامی بر محل وقوع بزه، مجازات ندارند ولی کسی که ربا گرفته است موظف به استرداد اضافه دریافتی است؛ هرچند ربادهنده در دارالحرب مانده باشد. زیرا استرداد اضافه دریافتی مجازات نیست و در صلاحیت رسیدگی به این موضوع کافی است که حاکم در زمان تقاضی بر متداعیین حکومت داشته باشد.

اگر مسلمان و ذمی که به عنوان مستأمن وارد دارالحرب شده‌اند به حربی وام دهند یا از حربی وام بگیرند و پس از آن به دارالاسلام بیایند، حربی نیز به عنوان مستأمن هم‌راه آنها باشد و نزد قاضی ترافع کنند، نمی‌تواند به نفع هیچ کدام از آنها نظر بدهد. هم‌چنین اگر یکی ازمتداعیین مال دیگری را غصب کند، قاضی نمی‌تواند به تحقق غصب و استرداد مال غصب‌شده حکم دهد زیرا غصب و استقراض که در دارالحرب رخ داده است به اعتبار عدم ولایت دولت اسلامی باطل است، به علاوه، موضوع دین و غصب، مال غیر مضمون است زیرا قاعده این است که دارایی اهل دارالاسلام نسبت به حربی مباح، و اموال حربی هم به اهل دارالاسلام مباح است، و التزام مسلمان و ذمی تحت عقد امان، فقط آن است که طی اقامت، حربی‌ها را نیازارد و درباره‌ی آنان انصاف را رعایت کند، هم‌چنان که آنان نیز به موجب عقد امان، ملتزم می‌شوند تا اهل دارالاسلام را نیازارند و با آنها به انصاف رفتار کنند. پس اگر یکی از طرفین چیزی را غصب کند، مال مباحی را غصب کرده است؛ هرچند وی

---

۱. *همان*، ص ۱۳۲.

عهد خود را شکسته و متعهدله را فریفته و او را آزرده است. ولی این اعمال باعث حرمت مال مباح و حلال شدن مال حرام نمی‌شود.

در صورتی که دو تن از حربی‌ها در دارالحرب به هم‌دیگر وام دهند و پس از آن به عنوان مستأمن به دارالاسلام وارد شوند و در محکمه ترافع کنند، به مرافعه رسیدگی نخواهد شد زیرا نه در زمان ترافع و نه در وقت استقراض، دولت اسلامی بر آنها حکومت و ولایت ندارد. اما اگر پس از مسلمان شدن به قلمرو دولت اسلامی وارد شوند، قاضی می‌تواند به ترافع آنان رسیدگی کند زیرا در وقت تقاضی، دولت اسلامی بر آنها ولایت دارد.[۱]

اگر مسلمان یا ذمی در دارالحرب از مسلمان و ذمی دیگری چیزی را غصب کنند یا وام بگیرند، از این حیث، کیفر نمی‌بینند ولی تقاضای استرداد دین و مسئولیت مدنی غصب، قابل رسیدگی است. به این دلیل غصب کیفر ندارد که به هنگام وقوع بزه، دولت اسلامی بر محل وقوع بزه تسلط و حکومت ندارد و به این دلیل به مسئله‌ی وام و ضمان مدنی غصب رسیدگی می‌شود که در زمان تقاضی، دولت بر متداعیین حکومت دارد.

بنابر آنچه بیان شد، مطابق نظر ابوحنیفه، مسلمان یا ذمی به تلافی جرایمی که در دارالحرب علیه حربی مرتکب می‌شوند مجازات نمی‌شوند، بدین دلیل که در زمان وقوع بزه، حکومت اسلامی بر محل وقوع بزه تسلط و حکومت ندارد، و محاکم صلاحیت ندارند به تقاضای مجنی‌علیه یا اولیای او، دایر به مطالبه‌ی خسارات ناشی از جرایم رسیدگی کنند. هم‌چنین است اگر مجنی‌علیه در حکم حربی باشد، مانند اسیر مسلمان، و مسلمانی که به دارالاسلام مهاجرت نکرده است.

هم‌چنین اگر مجنی‌علیه از دارالاسلام باشد، جرایمی که علیه وی رخ دهند به دلیل آن که دولت اسلامی بر محل وقوع بزه استیلا ندارد، فاقد مجازات است ولی دادگاه‌ها به تقاضای وی یا اولیای دم او دایر به مطالبه‌ی خسارات ناشی از جرایم ارتکابی، رسیدگی می‌کنند و قاضی می‌تواند آن را مورد حکم قرار دهد؛ هرچند از جهاتی هم مجازات محسوب می‌گردد، مانند دیه که بنابر نظری عوض و مابازاء به حساب می‌آید و از نظری دیگر مجازات است. معنای سخن فوق این است که دادگاه از اعمال مجازات‌هایی که صرفاً جنبه‌ی کیفری دارند ممنوع است اما می‌تواند مجازاتی را که متضمن عوض و مابازاء در مقابل بزه ارتکابی است، اعمال کند؛ زیرا به این اعتبار رسیدگی می‌کند که ضمان مالی است نه به این اعتبار که کیفر تلقی می‌شود.

نظریه‌ی ابوحنیفه درباره‌ی قلمرو قوانین جزائی در مکان ملاحظه شد. نظر وی دایر به

---

۱. *همان*، ص ۱۳۲ و ۱۳۳.

عدم اعمال و اجرای مقررات جزائی نسبت به مستأمن در دولت‌های اسلامی اثر سوئی به جا گذاشته است زیرا رأی وی اساس و مبنای واگذاری امتیازات بر مستأمنین ـ همان‌ها که امروز اجانب نامیده می‌شوند ـ گردید. ما می‌دانیم که پشت دولت‌های اسلامی در اثر این امتیازات چه میزان خمیده شده است و هنوز آثار سوء آن امتیازات که در زمان ضعف اجانب و قدرت مسلمانان واگذار شده و بیگانگان را تشجیع کرده است تا به سرزمین اسلامی وارد شود و جان‌ها و مال‌هایشان در امنیت کامل باشد، کماکان پابرجاست و پس از ضعف مسلمین، سبب استثمار و تضیع حقوق و تسلط اجانب بر آنها گردیده است.

۲۱۵. نظریه‌ی دوم: این نظر را ابویوسف یکی از فقهای حنفی ابراز کرده است، بنابر این نظر، شریعت اسلام نسبت به همه‌ی کسانی که در قلمرو آن سکونت دارند اعم از آن که موقتاً سکونت داشته باشند، مانند مستأمن و یا اقامتگاه دایمی آنان در سرزمین اسلامی باشد، مانند مسلمان و ذمی، اعمال می‌شود. استدلال ابویوسف این است که اسلام، مسلمان را ملزم می‌سازد که به کلیه‌ی احکام آن پای‌بند باشد و ذمی نیز که به اعتبار عقد ذمّه از امان دایم برخوردار است به احکام اسلام التزام دایم دارد و مستأمن نیز به اقتضای عقد امان موقت که به اخذ مجوز اقامت موقت در دارالاسلام نایل می‌شود و نیز بنابر رضایت خودش که پذیرفته است به آنجا وارد شود، به احکام اسلام ملتزم است زیرا وی با درخواست ورود به سرزمین اسلامی پذیرفته است که طی اقامتش به احکام اسلام ملتزم گردد. به علاوه، وقتی به نام‌برده اجازه‌ی اقامت داده شده با رعایت این شرط بوده است، بنابر این در حکم ذمی خواهد بود، و هیچ فرقی با ذمی ندارد جز آن که امان ذمی دایمی است و مستأمن از امان موقت برخوردار است. از این رو، مستأمن هرچند که مدت کوتاهی اقامت داشته باشد به اعتبار جرایمی که مرتکب شده است مجازات خواهد شد؛ خواه جرایم ارتکابی از جرایم عمومی باشد یا از جرایم علیه اشخاص.[۱]

وجه افتراق نظریه‌ی ابوحنیفه و ابویوسف منحصراً درباره‌ی شمول احکام شریعت نسبت به مستأمن است. به عقیده‌ی ابویوسف، مستأمن در هر حال مشمول احکام شریعت است ولی ابوحنیفه فقط در مورد جرایمی که علیه اشخاص مرتکب می‌شود وی را مشمول مقررات جزائی اسلام می‌شناسد.

ابویوسف با ابوحنیفه در این مورد اتفاق نظر دارند که شریعت شامل جرایمی که خارج از قلمرو دولت اسلامی رخ می‌دهند نمی‌شود؛ هرچند مرتکب آنها در دارالاسلام مقیم باشد.

---

۱. *همان*، ص ۱۳۴.

وی با ابوحنیفه در دو مسئله که ضمن بیان نظریه‌ی ابوحنیفه توضیح داده شد اختلاف دارد. مسئله‌ی نخست این است که به نظر ابویوسف، مسلمان و ذمی مجاز نیستند تا در دارالحرب با حربی یا مسلمانی که در آنجا مقیم است و به سرزمین مسلمانان مهاجرت نمی‌کند قرارداد ربوی منعقد سازند؛ هرچند در محل انعقاد عقد، جرم تلقی نشود. زیرا عقد ربوی براساس احکام اسلام بر مسلمان حرام است و او در هر جا که باشد، ملزم به رعایت احکام آن است و از این حیث کیفر نمی‌بیند که دولت اسلامی بر محل وقوع بزه استیلا و حکومت ندارد. تفاوت نظر ابوحنیفه و ابویوسف در این است که ابوحنیفه نفس عمل را حرام نمی‌داند و ابویوسف آن را حرام می‌شناسد. دومین مسئله، معطوف به مسلمانی است که به اسارت گرفته شده است و در دارالحرب به‌دست مسلمانان دیگر و یا ذمی کشته شود به نظر ابوحنیفه، قتل وی قصاص و دیه ندارد زیرا اسارت، عصمت او را از بین برده است و حال آن که به عقیده‌ی ابویوسف، قتل او، دیه دارد چون اسارت، عصمت اسیر را از بین نمی‌برد و از این حیث قاتل قصاص نمی‌شود که حکومت اسلامی بر محل وقوع بزه استیلا ندارد. بنابر این، قاتل به عنوان "ضمان قتل"، ملزم به پرداخت دیه است و محاکم اسلامی برای رسیدگی نسبت به ضمان ناشی از جرایم واقعه در خارج از قلمرو مکانی دولت متبوع، درصورتی‌که مجرم و مجنی‌علیه از دارالاسلام باشند، صلاحیت دارند. زیرا این صلاحیت در زمان مطالبه‌ی "ضمان" موجود است؛ هرچند در محل وقوع بزه فاقد صلاحیت هستند. تفاوت نظر ابوحنیفه و ابویوسف در این مسئله همان است که در مسئله‌ی نخست بیان شد.

۲۱۶. نظریه‌ی سوم: این نظریه را مالک[۱] و شافعی[۲] و احمد[۳] ارائه کرده‌اند، به موجب این نظریه، هر جرمی که در قلمرو مکانی دولت اسلامی رخ دهد، خواه بزه‌کار مسلمان باشد یا ذمی و یا مستأمن، مشمول مقررات جزائی اسلام است. زیرا مسلمان به سبب مسلمان بودنش به احکام اسلام ملتزم است و ذمی نیز به اقتضای عقد ذمّه که به وی امان دایم داده و جان و مالش را عصمت دایمی می‌دهد، در مقابل احکام آن ملتزم است و مستأمن نیز به دلیل این که امان خواسته و پس از اعطای امان به قلمرو حکومت اسلامی وارد شده به احکام اسلامی ملتزم است، پس وی در حکم ذمی است. اختلاف مستأمن با ذمی در این است که اقامت مستأمن در سرزمین اسلام موقت، و اقامت ذمی دایمی است. اگر پس از ارتکاب جرم

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۵۵ و ۱۶۵؛ *المدونه*، ج ۱۶، ص ۹۱.
۲. *المهذب*، ج ۲، ص ۳۵۸.
۳. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۴۳۹ و ۵۳۷؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۸۳.

فرار کند در اثر فرار و خروجش از قلمرو حکومت اسلامی، کیفر قانونی ساقط نمی‌شود و هر وقت به وی دست‌رسی پیدا شد به مرحله‌ی اجرا درمی‌آید.

هم‌چنین به عقیده‌ی این فقها، هر جرمی که مسلمان یا ذمی در خارج از قلمرو دولت اسلامی مرتکب شوند به موجب مقررات جزائی اسلام، تعقیب و مجازات می‌شوند ولی جرایم ارتکابی حربی مستأمن که در قلمرو دارالحرب رخ داده‌اند، در سرزمین حکومت اسلامی قابل تعقیب نیست زیرا وی پس از ورود به خاک کشور اسلامی در مقابل احکام اسلامی ملتزم گردیده است. اما درباره‌ی مسلمان یا حربی همین قدر کفایت می‌کند که اسلام عمل ارتکابی را حرام بشناسد و چون اختلاف دو قلمرو در حرمت عمل بی‌تأثیر است در نتیجه نسبت به کیفر قانونی آن نیز بی‌تأثیر خواهد بود.

مسلمان و ذمی به سبب جرایمی که در دارالحرب مرتکب می‌شوند مجازات می‌شوند؛ هرچند مانند ربا در محل وقوع، جرم تلقی نشود. اما اگر عمل ارتکابی به موجب مقررات شرعی جرم بنا شد، کیفر نمی‌بینند؛ هرچند در دارالحرب جرم شناخته شود.

اگر ذمی در دارالحرب مرتکب جرم شود و قبلاً سرزمین اسلام را با این قصد که دیگر باز نخواهد گشت ترک کرده بود، چنانچه مجدداً باز گردد، کیفر نمی‌بیند، زیرا در اثر ترک سرزمین اسلامی، حربی می‌شود و وصف ذمی بودن را از دست می‌دهد و چنین نیست که با حالت التزام به احکام اسلام بر می‌گردد، بلکه در اعاده‌ی مجدد به عنوان حربی مستأمن شناخته خواهد شد.

چنانچه مسلمان پس از ارتداد از دارالاسلام برود و در خارج از قلمرو آن مرتکب جرم شود در صورت مراجعه، هرچند مسلمان شده باشد، کیفر نمی‌بیند زیرا در اثر ارتداد و خروجش از قلمرو دولت اسلام حربی شده و در زمان ارتکاب جرم به احکام اسلام پای‌بند نبوده است.

این فقها اردوگاه سپاهیان اسلام را از اراضی اسلامی محسوب می‌دارند؛ هرچند در دارالحرب قرار گرفته باشد. اما ارتکاب جرم در اردوگاه یا خارج از آن در حکم مسئله تفاوت ایجاد نمی‌کند زیرا از نظر این فقها جرایمی که در دارالاسلام یا دارالحرب رخ می‌دهند به شرحی که بیان شد، مجازات دارند.

به نظر مالک و شافعی، نباید مجازات سپاهیان مجرم تا مراجعت آنها از مأموریت به تأخیر افتد، بلکه هر وقت جرم به قوع پیوست، کیفر نیز اعمال خواهد شد، مگر آن که فرمانده‌ی لشکر حق نداشته باشد مجازات را اعمال کند؛ یا آن که مسلمانان به وجود متهم نیازمند باشند و یا این که با وجود متهم، مسلمانان نیرو و قدرت بگیرند؛ استثنای اخیر را تنها شافعی گفته است.

بنابر رأی احمد، اعمال مجازات تا بازگشت سپاهیان و یا تا بازگشت خود متهم به تأخیر می‌افتد. این رأی با نظر ابوحنیفه که قبلاً بیان شد سازگار است.

قاعده‌ی مجازات مسلمان و ذمی به اعتبار جرایمی که در دارالحرب مرتکب می شوند در مورد جرایم حدود، و جرایم قصاص و دیه، و جرایم تعزیری که شریعت بر آنها تصریح کرده است و جرایم تعزیری که حکومت‌ها تعیین می‌کنند، اعمال می‌گردد. ولی نسبت به همه‌ی آنها به سبب این که طبیعتاً با هم‌دیگر متفاوت هستند، یکسان اعمال نمی‌شود. در مورد جرایم حدود و قصاص که در دارالحرب رخ می‌دهند، اعمال مجازات واجب است و ولی امر حق ندارد جرم یا مجازات را مورد عفو قرار دهد. اعمال مجازات در مورد جرایم تعزیری نیز واجب است، لیکن حکومت حق دارد پس از وقوع جرایم آنها را مورد عفو قرار دهد؛ یا پس از صدور حکم محکومیت از تمام مجازات و یا بخشی از آن بگذرد. اما در جرایم تعزیری که حکومت رأساً مقرر داشته است، اگر صلاح بداند می‌تواند مرتکبان آنها را مجازات کند یا نکند، و از این نظر که این اعمال را حرام و ممنوع ساخته است مجاز است که آنها را در صورتی که در دارالحرب رخ دهند مباح بداند و مجازات نکند. معنای سخن فوق این است که کیفر دادن به همه‌ی جرایمی که در دارالحرب رخ می‌دهند واجب نیست.

آنچه گفته شد، مقتضای نظریه‌ی ائمه‌ی ثلاثه بود. اما اقتضای نظریه‌ی ابوحنیفه و ابویوسف این است که هر جرمی در دارالحرب رخ دهد، مجازات ندارد زیرا مجازات بر این اساس استوار است که در حین ارتکاب جرم بر محل وقوع بزه تسلط باشد و در هر حال، دولت اسلامی بر محل وقوع بزه ولایت ندارد.

۲۱۷. بررسی تطبیقی: نظریه‌های سه‌گانه‌ی اسلامی تقریباً مانند نظریه‌های مورد پذیرش قوانین وضعی است که تاکنون پذیرفته شده است. در قوانین وضعی، نیز سه نظریه وضع شده است: بنابر نظریه‌ی نخست، قوانین هر دولتی در داخل و خارج فقط شامل اتباع آن دولت می شود، این نظریه که در قرون وسطی حاکمیت داشت، به نظر ابوحنیفه شباهت دارد که می‌گفت قانون دولت اسلامی فقط به رعایای خود حاکمیت دارد و نه بر بیگانگان. ولی از این حیث که نظریه‌ی موصوف خارج از قلمرو دولت، اتباع آن را تابع قانون ملی خود می‌داند با نظریه‌ی ابوحنیفه که به چنین امری عقیده ندارد مخالف است. نظریه‌ی دوم بر آن است که قانون هر کشوری نسبت به جرایمی که در داخل سرزمین آن رخ می‌دهند ــ خواه از سوی اتباع آن کشور انجام یابند یا از طرف بیگانگان ــ حاکمیت دارد. اما جرایمی که اتباع آن کشور در خارج از قلمرو حکومتی مرتکب می‌شوند به موجب قانون متبوع، کیفر نمی‌بینند. این نظریه که تا قرن ۱۹ حکم‌روایی داشت، همان نظریه‌ی ابویوسف است.

نظریه‌ی سوم بر آن است که ساکنان هر کشوری اعم از تبعه و بیگانه تابع قانون آن هستند و هر جرمی که در داخل محدوده‌ی حکومتی رخ دهد بنابر قانون آن کشور مجازات خواهد شد. هم‌چنین برخی از جرایم را که خارج از قلمرو حکومتی آن رخ دهد به موجب قانون داخلی، قابل مجازات می‌داند. این نظریه امروزه در قوانین متابعت می‌شود و قانون جزای مصر هم آن را پذیرفته است. میان این نظریه و نظریه‌ی مالک و شافعی و احمد تفاوتی مشاهده نمی‌گردد، جز آن که فقهای اسلامی در مورد برخی از جرایم که در خارج از محدوده‌ی حکومتی رخ می‌دهند اعمال مجازات را واجب می‌شمارند و در این مورد حکومت اختیار اقدام دیگری را ندارد و در مورد برخی از جرایم حکومت را مخیر می‌دانند که اگر مصلحت اقتضا کند آنها را کیفر دهند. اما نظریه‌ای که مورد پذیرش قوانین وضعی است، هیئت قانون‌گذار مخیر است بنابر مصلحت، جرایم واقعه‌ی خارج از قلمرو حکومتی خود را قابل مجازات بشناسند. تفاوت مزبور از نظر عملی تأثیر زیادی ندارد. زیرا جرایمی که به موجب نظریه‌ی اسلامی مجازاتشان واجب است، از جرایم خطرناک و مهم به حساب می‌آیند که مصلحت هر دولتی ایجاب می‌کند آنها را قابل مجازات بشناسد.

۲۱۸. با وجود دول متعدد اسلامی، نظریه‌های اسلامی چگونه قابل اجرا است؟ ملاحظه شد که در نظریه‌های اسلامی جهان بر دو قسم است: دارالاسلام و دارالحرب. برخی گمان می‌کنند که این مسئله ایجاب می‌کند تا همه‌ی کشورهای اسلامی تحت حکومت واحد و کشورهای غیراسلامی نیز تحت سیطره و قدرت دولت واحد قرار بگیرند، این پندار از واقعیت بی‌بهره است و نظریه‌های اسلامی بر این اساس پی‌ریزی نشده‌اند که کشورهای اسلامی باید حکومت واحدی داشته باشند، بلکه بنابر اقتضای اسلام ارائه شده‌اند. اسلام ایجاب می‌کند تا مسلمانان در هر جا که باشند در حکم "ید واحد" باشند به یک سو حرکت کنند و از یک سیاست بهره‌مند شوند. ساده‌ترین و در عین حال کامل‌ترین وجه برای تحقق هدف مزبور آن است که کلیه‌ی سرزمین‌های اسلامی تحت حکومت واحدی باشند، لیکن برای تحقق اهداف اسلامی، این تنها صورت ممکن، به حساب نمی‌آید زیرا آن اهداف، با دولت‌های متعدد به شرط آن که همه به یک‌سو حرکت و از سیاست واحدی پیروی کنند، امکان تحقق دارند. اسلام با نظامی مانند نظام حاکم بر ایالات متحده‌ی امریکا و مانند نظام ایالتی موجود در شوروی و با نظام موجود در بریتانیای کبیر منافات ندارد و نیز با نظامی که پس از تشکیل جامعه‌ی عرب در کشورهای عربی به وجود آمد و در جهت موضع‌گیری واحد و اتخاذ سیاست واحد از طرف دولت‌های مختلف عربی عمل می‌کند منافات ندارد و

هم‌چنین با تشکیل جامعه‌ی اسلامی که از دول متعدد مسلمان تشکیل شود و بر آنها اشراف داشته و در جهت توحید مقاصد و جهت‌گیری آنان، ادای وظیفه نماید و در حل اختلافاتی که باعث شروع جنگ داخلی می‌گردد، تلاش کند، سازگار است. اسلام با هر نظامی که اهداف آن را محقق سازد در تعارض نیست، این اهداف آن است که مسلمانان در مقابل دیگران ید واحدی باشند و از موضع‌گیری و سیاست واحد بهره‌مند شوند.

بهترین دلیل بر صحت ادعای فوق این است که نظریه‌های سه‌گانه‌ی فقهی در روزگار خلفای عباسی ارائه شده است که اولین دولت اسلامی به سه دولت تقسیم گردید: دولت عباسیان در شرق؛ دولت علویان در مغرب؛ و دولت امویان در اندلس. این نظریه‌ها پس از آن که در هر یک از اقطار دنیای اسلام دولتی تشکیل گردید، ارائه و ابراز شدند.

نظریه‌های ارائه شده از سوی فقها، هر دولت اجنبی را با آن که دولت‌های متفاوت دارند "یک دارحرب" می‌شناسد. مسلمانان با ترک‌ها و روس‌ها و هندی‌ها و اسپانیایی‌ها و فرانسویان و رومیان می‌جنگیدند و کشورهای آنان و سایرین را "دارحرب" می‌نامیدند.

بنابر این از تقسیم جهان به دار اسلام و دار حرب مقصود آن نیست که جهان را تحت دو دولت و یا دو سیاست قرار دهد، بلکه مقصود آن است که یک قسم آن "دار امن و سلامت" و قسم دیگر آن خانه‌ی ترس و دشمنی با مسلمانان است و این که چه قوانینی بر هر یک از ساکنان آن دو حکومت دارد.

سرزمین‌های اسلامی، به رغم حاکمیت دولت‌های مختلف از آن حیث "دار واحد" اعتبار شده است که همگی تحت حکومت قانون واحد که همان شریعت اسلامی است، قرار دارند. این حکومت‌ها بنابر قانون واحدی که از آن برخوردارند به اعتبار اختلاف در جهت درگیری سیاسی و نوع حکومت، احکام متفاوت نخواهند داشت. و سرزمین‌های غیراسلامی از آن رو "دار واحد" شمرده شده‌اند که بنابر شریعت، احکام و قوانین حاکم بر آنها، احکام واحد و یکسانی هستند که به اعتبار اختلاف در موضع‌گیری و نوع حکومت‌ها تفاوت نمی‌کنند. مبنای صحیح تقسیم جهان به دارحرب و دار اسلام همین است.

پس امروزه تعدد دول اسلامی مانع از رعایت نظریه‌های اسلامی نیست، هم‌چنان که در دوران گذشته نیز مانع به حساب نمی‌آمد، نظریه‌های مزبور را اندلسی‌ها در اندلس و مغربی‌ها در مغرب و علویان در مصر و عباسیان در بغداد به کار بستند، امروز هم می‌توانیم در مصر، لبنان، سوریه، عراق، حجاز، پاکستان و مغرب و هر سرزمین اسلامی دیگری که حکومت و مرزهای مشخصی دارد به کار بندیم.

به کارگیری و استفاده از نظریه‌ی فوق امروزه آسان است ولی رعایت آنها ایجاب می‌کند

تا هر دولت مسلمان خود را نماینده‌ی اسلام آن هم نه فقط در داخل مرزهای حکومتی خود بلکه در سراسر گیتی بداند، مثلاً اگر بخواهیم نظریه‌ی ابوحنیفه را در کشور مصر مورد استفاده قرار دهیم اولاً باید هر کسی را که در محدوده‌ی مرزهای کشور مصر دست به ارتکاب جرم می‌زند مجازات کنیم و در این که بزه‌کار مسلمان باشد یا ذمی، اهل مصر باشد یا سوریه، عراقی باشد یا فلسطینی یا ایرانی تفاوتی نیست زیرا هر یک از اتباع دول مسلمان نسبت به دول دیگر، بیگانه محسوب نمی‌گردد، و همه‌ی دولت‌های اسلامی "دارواحدی" شمرده می‌شوند که تحت حکومت آیین واحدی هستند. ثانیاً هر یک از اتباع کشورهای مسلمان را به لحاظ ارتکاب هر جرمی که در خاک هر کشور اسلامی مرتکب شوند مجازات کنیم؛ اعم از آن که در مصر اقامتگاه دایمی داشته یا موقتاً مقیم شده است. النهایه با این شرط که قبلاً به سبب ارتکاب همین بزه، کیفر ندیده باشد. و چنانچه در یکی از کشورهای مسلمان کیفر ببیند ولی نه با کیفری که شریعت مقرر داشته است، واجب است برای بار دوم با کیفر شرعی، مجازات شود. زیرا کشورهای اسلامی به رغم اختلاف حکومت‌هایشان، "دارواحد" محسوب می‌گردند و هر یک از دول مسلمان موظف است احکام اسلام را اقامه کند و به تغییر منکر و نهی از آن مبادرت ورزد. مبادرت به اعمال مجازات شرعی نسبت به کسی که استحقاقش را دارد از موارد تغییر و نهی از منکر به حساب می‌آید.

نکته‌ای که بیان شد درباره‌ی جرایم حدود، قصاص و دیه، و جرایم تعزیری که شریعت تعیین کرده صادق است، با تذکر این موضوع که ولی امر در جرایم تعزیر حق دارد جرم و مجازات را مورد عفو قرار دهد ولی در جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه فاقد این حق است.

آنچه گفته شد در مورد جرایم تعزیری که حکومت‌ها رأساً تصویب می‌کنند صادق نیست. این‌ها زمانی مجازات دارند که عمل ارتکابی در محل وقوع و محل رسیدگی، جرم تلقی شود پس اگر عملی در محل وقوع، جرم شناخته شود، هیچ دولت دیگری حق ندارد فاعل آن را مجازات کند.

علت تفکیک جرایم حدود و جرایم قصاص و دیه از یک طرف و جرایم تعزیر از طرف دیگر در این است که اعمال کیفر در جرایم حدود بر هر مسلمانی واجب است و به تعویق انداختن و عفو آنها جایز نیست. کیفرهای ناظر به جرایم قصاص و دیه نیز مادامی‌که مجنی‌علیه یا ولی دم او گذشت نکرده است، باید اجرا شوند و در صورتی که یک دولت اسلامی کیفرهای مزبور را اقامه نکند، اقامه‌ی آنها به دول دیگر واجب می‌گردد و اگر حکومت‌ها اجرا نکنند بر افراد عادی واجب است که آنها را اعمال کنند. اما کیفر جرایم

تعزیری جایز است که اجرا نشوند یا مورد عفو قرار بگیرند. علت تفکیک جرایم تعزیری منصوص از جانب شریعت و جرایمی که دولت‌ها ممنوع کرده‌اند در این است که در جرایم نوع اوّل نمی‌توان اعمال سازنده‌ی آنها را مباح و جایز شمرد؛ هرچند مورد عفو قرار دادن آنها و مجازاتشان جایز است اما اعمال سازنده‌ی جرایم نوع دوم را می‌توان مجدداً مباح دانست، گذشته از آن که ممکن است مورد عفو قرار گیرند.

اگر بخواهیم نظر ابویوسف را رعایت کنیم، علاوه بر مواردی که در بالا بیان شد باید هر مستأمنی را که در یکی از کشورهای مسلمان دست به ارتکاب جرم زده است، مجازات کرد به شرط آن که در محل ارتکاب بزه، مجازات نشده باشد و یا کیفری که تحمل کرده است مجازات شرعی جرم نباشد. زیرا مستأمن با ورودش به سرزمین اسلامی خود را به احکام اسلام ملتزم ساخته است و همان احکام، هر دولت مسلمان را ملزم می‌سازد که آنها را رعایت کند. به این ترتیب هر دولت اسلامی مطابق شریعت قادر خواهد بود هر فرد مسلمان، ذمی و یا مستأمن را که در دارالاسلام دست به ارتکاب جرم می‌زند مجازات کند؛ اعم از آن که محل وقوع جرم در محدوده‌ی حکومتی، دولت اعمال‌کننده‌ی مجازات قرار داشته باشد و یا در محدوده‌ی دولت‌های مسلمان دیگری.

چنانچه نظریه‌ی مالک و شافعی و احمد رعایت شود، علاوه بر حالت سه‌گانه‌ی فوق، هر مسلمان یا ذمی که از اتباع مصر یا دولت اسلامی دیگری باشد که در دارالحرب مرتکب یکی از جرایم حدود، قصاص، دیه و جرایم تعزیری منصوص از طرف شریعت شده باشد، کیفر می‌بیند. هر دولت اسلامی در مورد اتباع سایر کشورهای اسلامی نیز این حق را خواهد داشت. زیرا بر هر حکومت اسلامی واجب است که حدود را اقامه کند و آنها را به تأخیر نیندازد و اگر حکومتی آنها را متروک گذاشت، اجرای آنها به هر حکومت دیگری که قادر باشد واجب است. اما اگر جرایم واقعه در خارج از قلمرو حکومتی از عداد جرایم تعزیری منصوص از طرف شریعت به حساب آیند در هر دولتی که ارتکاب آنها برای اتباعش جرم تلقی می‌شود، قابل تعقیب و مجازات است و اگر دولتی آنها را قابل مجازات نمی‌داند دولت‌های دیگر نمی‌توانند اتباع آن دولت را مجازات کنند؛ هرچند آنها را قابل مجازات بدانند. زیرا قابل مجازات نبودن عملی در کشور متبوع متهم، به معنای مباح بودن آن است. اگر بزه‌کاری پس از ارتکاب جرم به دولت اسلامی دیگری پناهنده شود که آن را جرم نمی‌داند، صحیح نیست که کشور میزبان مجرم پناهنده را به اعتبار جرمی که در کشور متبوعش مرتکب شده است، کیفر دهد. زیرا براساس قوانین این کشور عمل مباح است، البته اگر کشور متبوع مجرم، استرداد وی را بخواهد باید وی را مسترد کرد.

برای قابل مجازات بودن اعمالی که در دارالحرب رخ می‌دهند لازم نیست که در آنجا هم وصف مجرمانه داشته باشند، زیرا مجازات براساس آیینی است که مسلمان و ذمی نسبت به احکام آن ملتزم هستند بنابر این فرقی نخواهد داشت که عمل ارتکابی در دارحرب مجاز باشد و یا ممنوع.

۲۱۹. رعایت نظریه‌های اسلامی چه نتیجه‌ای در بر دارد؟ از آنچه گفته شد، آشکار گردید که هر جرمی که یکی از اتباع دول اسلامی در داخل و یا خارج از مرزهای حکومتی مرتکب شود کیفر شرعی خواهد رسید، و اگر مجرم از کشور متبوع خود فرار کند و به کشور اسلامی دیگری پناهنده گردد، از محاکمه و تحمل کیفر عملش نجات نمی‌یابد. عامل یگانه‌ی وصول به این نتیجه، این است که کلیه‌ی کشورهای مسلمان، قانون واحد را که همان شریعت اسلام است بپذیرند و کشورهای یکدیگر را به رغم اختلاف مکانی، "دار واحد" بشناسند و یکدیگر را نماینده‌ی دیگری در اقامه‌ی حدود و رعایت احکام شریعت بدانند.

رعایت نظریه‌های اسلامی به این نتیجه منتهی می‌گردد. این نتیجه‌ی همان خواب شیرین حقوق‌دانان عرفی است وقتی آرزو می‌کنند که همه‌ی دولت‌ها از قانون جزائی واحد تبعیت کنند، و این که هر دولتی جانشین دول دیگر در اعمال مجازات به حساب آید به نحوی که اگر مجرمی پس از ارتکاب جرم فرار کند و به کشور دیگری پناهنده شود از مجازات عملش در امان نماند و در هر جا که به دست آمد به مجازات جرم ارتکابی برسد.

این آرزو و آرمان مؤسسه‌های بین‌المللی حقوق جزاست و آن را بهترین سیستم حاکم بر جرایم تلقی می‌کنند. این آرزوی زیبا در حقیقت همان است که شریعت اسلام در ۱۳ قرن پیش آن را وضع کرده و نظریه‌ای است که، شریعت از روز نزول یا از روزی که مسلمانان در اقطار عالم پراکنده شدند آن را رعایت کرد. در افتخار شریعت همین بس که با نمونه‌های عالی و مقررات شگرفش بر همگان سبقت جسته است و قوانین وضعی با مقررات ابتکاری و خواب‌های شیرینش تحت هدایت شریعت راه می‌رود و گام‌های خود را جا پای شریعت می‌گذارد و به روش آن عمل می‌کند و با این حال چیزی نمانده است که به شریعت ملحق شود.

۲۲۰. محدوده‌ی "دارالاسلام" تا کجاست؟ هر سرزمینی که مسلمانان در آنجا مسلط‌اند اعم از آن که در اکثریت باشند یا اقلیت و هر سرزمینی که در ذمّه‌ی مسلمانان درآمده است و ساکنان آن به احکام اسلام ملتزم شده‌اند، هرچند هیچ یک از ساکنان آن مسلمان نباشند و

هر منطقه‌ای که مسلمانان سکونت دارند و می‌توانند احکام اسلام را ظاهر سازند و در این راه با هیچ مانع و رادعی مواجه نمی‌شوند، از دارالاسلام به حساب می‌آید و کوه‌ها، صحراها، رودخانه‌ها، دریاچه‌ها، اراضی و جزیره‌ها و قسمت‌های فوقانی آنها هرچند بالا رود، جزء دارالاسلام محسوب خواهند شد.

هم‌چنین اردوگاه‌هایی که سپاهیان اسلام در دارالحرب انتخاب می‌کنند و کشتی‌های جنگی هم نظیر اردوگاه، جزئی از دارالاسلام به حساب می‌آیند.

اصل در شریعت این است که دریاهای بزرگ ملک کسی نیست این موضع با حقوق بین‌الملل نیز سازگار است. البته بنابر شریعت، هیچ مانعی نیست که دریاهای منطقه‌ای تابع دولتی باشد که تا حد معینی به کناره‌های آن مالکیت دارد.

فقها از کشتی‌های غیرجنگی صحبت نکرده‌اند، اما رعایت نظریه‌ی ابوحنیفه و یاران وی به این نتیجه منتهی می‌گردد که چنانچه جرمی در کشتی‌هایی که در آب‌های منطقه‌ی تابع دارالحرب یا در آب‌های ساحلی حرکت می‌کنند رخ دهد، قابل مجازات نباشد. اما اگر در آب‌هایی که در قلمرو اسلام است و ملک کسی نیست، مثلاً در وسط دریا جرمی رخ دهد، مشمول شریعت اسلام خواهد بود، اما رعایت نظر مالک و شافعی و احمد به این نتیجه منتهی می‌شود که جرایم واقعه در کشتی‌های تجارتی اعم از آن که در آب‌های قلمرو دارالاسلام حرکت کنند یا در آب‌های قلمرو دارحرب؛ و یا در دریاهای بزرگ، مشمول احکام شریعت باشند البته با رعایت تفاوتی که سابقاً در مورد جرایم حدود و قصاص و جرایم تعزیر و تفاوتی که میان جرایم تعزیری منصوص بنابر دیدگاه شریعت و جرایمی که حکومت‌ها اعلام می‌کنند، بیان شد.

قواعد پیشین در مورد هواپیماها نیز اعمال می‌شوند، هر جرمی که در هواپیماهای جنگی رخ دهد چون در حکم اردوگاه و ناوهای جنگی هستند، مشمول احکام شریعت است و هواپیماهای تجارتی هم حکم کشتی‌های تجارتی را دارند.

۲۲۱. بررسی تطبیقی: در موارد فوق، اختلافی مابین قوانین وضعی با شریعت دیده نمی‌شود. این قوانین فضای فوقانی اراضی دولت را تابع آن دولت می‌دانند و آب‌های منطقه‌ای مجاور کناره‌ها را در تملک و سلطه‌ی دولت مالک کناره‌ها قرار می‌دهند، کشتی‌های جنگی را در هر جا که باشند تابع قوانین دولت متبوع دارنده‌ی کشتی می‌شناسند و کشتی‌های تجاری را مادامی‌که در آب‌های داخلی حرکت می‌کنند یا در کنار دریا هستند، تابع قانون دولت متبوع آن اعلام می‌کنند. اما اگر کشتی در آب‌های دولت دیگری حرکت کند و جرمی در داخل

کشتی رخ دهد در این که کدام قانون صلاحیت رسیدگی دارد، اختلاف است. برخی قانون دولت مالک آب‌ها را حاکم می‌دانند و نه قانون دولت متبوع دارنده‌ی کشتی را. این نظر مورد قبول دولت انگلیس و با نظر ابویوسف و ابوحنیفه هم سازگار است. اغلب دولت‌ها کشتی را تابع قانون پرچم می‌شناسند و این نظر با رأی ائمه‌ی ثلاثه سازگار است. فرانسه از نظریه‌ی مختلط سود می‌جوید در برخی از حالات، قانون، دولت مالک آب‌های منطقه‌ای را صالح می‌داند و در برخی از حالات، قانون، دولت مالک آب‌های منطقه‌ای را صالح می‌داند و در برخی از حالات، قانون، پرچم را صالح می‌شناسند.

۲۲۲. استرداد مجرمان و تبعید آنها: اشاره شد که دول اسلامی در رعایت احکام شریعت نماینده‌ی اسلام به حساب می‌آیند پس اگر یک شهروند عراقی در کشور خود مرتکب جنایتی گردد ممکن است به اعتبار همان جرم در مصر محاکمه شود. لیکن ممکن است مسلمان یا ذمی و یا مستأمن در یک کشور اسلامی دست به ارتکاب جرم زده و پس از آن به کشور مسلمان دیگر و یا دارحرب فرار کرده باشد با این وضع، دولتی که قانون آن زیر پا گذاشته شده ممکن است مجرم را برای محاکمه بخواهد در این صورت آیا ممکن است مجرم برای محاکمه تسلیم کشور متقاضی شود؟ گاهی جانی به ارتکاب جرم شهرت می‌یابد و امنیت را مختل می‌سازد در این حالت آیا ممکن است دولت، چنین شخصی را تبعید کند؟ این دو موضوع در ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد.

۲۲۳. اولاً استرداد مجرمان: ممکن است گفته شود محاکمه‌ی متهم در محل ارتکاب بزه، به لحاظ تضمین عدالت و بازداری از وقوع جرایم، بهتر از محاکمه‌ی وی در جای دیگری است زیرا در محل وقوع بزه جمع‌آوری مدارک جرم و تردید در اصالت آنها و نیز وجود گواهان و امکان مشاهده و بررسی آثار جرم و تسلط به اوضاع و احوال مجرمانه آسان است.

هم‌چنان که مجازات مجرم در محل وقوع بزه نیز ارزش مجازات را کاملاً حفظ می‌کند. مقصود از مجازات، تأدیب مجرم و هشدار به دیگران است، دیگرانی که شاهد جرم بوده و یا به آن آگاهی یافته‌اند. مجازاتی که در جای دیگری غیر از محل وقوع اعمال گردد، اگر هم باعث تأدیب مجرم شود، به سبب هشدار دیگران کاملاً بدان عمل نمی‌شود. از این رو بهتر آن است که مجرم برای محاکمه به دولت متقاضی تسلیم شود. البته چنانچه قانون جزائی کشور میزبان با قانون جزای کشور متقاضی یکسان باشد، محاکمه‌ی مجرم در کشور میزبان نیز ضرر نخواهد داشت.

ممکن است گفته شود که استرداد مجرم برای محاکمه به دولت متقاضی، به سبب جرمی که علیه آن کشور در خاک کشور دیگری مرتکب شده است امکان دفاع از متهم را سلب می‌کند زیرا به میان ملتی می‌رود که آنها را نمی‌شناسد و در جنس و زبان با آنها سنخیت ندارد و چه بسا استرداد او باعث شود که در حق وی ستم شود و متضرر گردد.

وقتی در مورد استرداد مجرمان می‌اندیشیم این دو نظر به ذهن خطور می‌کند. هر یک از آنها محاسن و معایبی دارد. شریعت اسلام همه‌ی این ملاحظات را زمانی که میان دو نظر مزبور روش میانی را برگزیده، رعایت کرده است که به قدر امکان، عدالت رعایت شود و در حد مقدور از اعمال ستم بر شهروندان دولت اسلامی جلوگیری به عمل آید. این نظر میانی و وسط بر تفکیک بین استرداد مجرم به دولت اسلامی و بین استرداد او به دولت غیراسلامی، استوار گردیده است.

۲۲۴. استرداد مجرم به دولت اسلامی: در شریعت با مقرره‌ای مواجه نیستیم که در صورت درخواست دولت، محل وقوع بزه، دولت اسلامی را از تسلیم مجرم مسلمان یا ذمی یا مستأمن باز دارد، با این شرط که به سبب همان جرم در کشور میزبان محاکمه نشده باشد. زیرا شرعاً جایز نیست مجرم به سبب یک عمل، دوبار مجازات شود.[۱] اگر محاکمه‌ی مجرم در محل ارتکاب جرم براساس قواعد شرعی نبوده و مقصود دولت متقاضی استرداد، محاکمه‌ی وی براساس کیفر شرعی باشد این دولت نمی‌تواند از استرداد او خودداری کند. مجازاتی که برخلاف احکام شریعت اعمال گردیده بی‌اعتبار است و این محاکمه هیچ ارزشی ندارد[۲] زیرا اقامه‌ی آن براساس مستنداتی که مورد قبول شریعت باشد، نیست. از دولتی که تسلیم کردن مجرم تقاضا شده، چنانچه آن دولت تصمیم بر محاکمه‌ی جانی براساس احکام شریعت داشته باشد و بداند که دولت تقاضا کننده، مجرم را مطابق احکام شریعت محاکمه نخواهد کرد، یا مقصودش رعایت احکام شرعیه نیست، می‌تواند از استرداد مجرم خودداری کند. این موضوع طبیعتاً فقط در جرایمی مصداق دارد که مجازات‌های مقرری برای آنها منظور شده است، مانند جرایم حدود و قصاص.

علت استرداد و عدم آن یک چیز است، هر دولت اسلامی جزئی از دارالاسلام است و هر یک از دول مسلمان نماینده‌ی اسلام به حساب می‌آیند و هر کدام موظف هستند "حدود" را اقامه و احکامش را اجرا کنند. بنابراین مجرم، به دولتی که با او بیگانه و با قانون

---

۱. قاعده‌ی منع تکرار مجازات یکی از قواعد اساسی حقوق بین‌الملل جزائی است.ـ م.

۲. اعتبار قضیه‌ی محکوم به را پیدا نمی‌کند.ـ م.

آن آشنا نیست تسلیم نمی‌شود چون، اصل بر این است که استرداد نباید ظلم و ضرری را متوجه او کند و مقصود از استرداد، تضمین تحقق عدالت و جلوگیری از وقوع جرم است و عدم قبول تسلیم مجرم به دولت اسلامی تنها در صورتی است که اقامه‌ی احکام شرعی و تحقق عدالت و بازداشتن از وقوع جرم، مقصود باشد.

۲۲۵. استرداد مجرم به دولت غیراسلامی: شریعت اسلام، دولت را مجاز نمی‌داند که اتباع خود اعم از مسلمان یا ذمی را که در دارالحرب مرتکب جرم شده‌اند برای محاکمه به دولت متقاضی تسلیم کند. هم‌چنین دولت اسلامی مجاز نیست تبعه‌ی یک کشور مسلمان را برای محاکمه به کشور غیرمسلمان تسلیم کند. زیرا این فرد از جهت شرعی در حکم اتباع خود اوست.

هم‌چنین شریعت اسلام به دولت اجازه نمی‌دهد مسلمانی را که تبعه‌ی دولت محارب است، چنانچه از دارحرب به داراسلام مهاجرت کند، تسلیم کند؛ هرچند دولت محل اقامت مجرم، استرداد او را بخواهد. مگر آن که بین دولت اسلامی و دولت متقاضی، قرارداد خاصی نوشته شده باشد که در این صورت باید مطابق قرارداد عمل شود. درصورتی‌که شروط مقید در آن باطل باشند، قرارداد استرداد، باطل محسوب خواهد شد، مثلاً قرارداد اثر رجعی داشته باشد؛ یعنی مقصود قرارداد، استرداد مسلمانانی باشد که قبل از امضای آن به دارالاسلام پناهنده شده‌اند و هم‌چنین هر شرطی که ایجاب کند زنان مسلمانی که به دارالاسلام پناهنده شده‌اند، تسلیم شوند باطل است؛ خواه آنان پیش از امضای قرارداد پناهنده شده باشند و خواه پس از آن. پس در هر حال استرداد زن مسلمان به دولت غیرمسلمان جایز نیست؛ هرچند در اصل از اتباع آن کشور به حساب آید و حتی در کشور متقاضی شوهر و فرزندان و خانواده داشته باشد که او را بخواهند، زیرا خداوند می‌فرماید: «یا ایهاالذین آمنوا اذا جاءکم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن، الله اعلم بایمانهن، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الی‌الکفار، لاهن حل لهم و لا هم یحلون لهن» (ممتحنه، آیه ۱۰).

فقها در صحت شرط استرداد مردان مسلمان پس از امضای قرارداد، اختلاف دارند، به عقیده‌ی احمد و برخی از فقهای مذهب مالک، چنین شرطی صحیح و عمل به آن واجب است.[1] به نظر ابوحنیفه و بعضی از فقهای مذهب مالک، شرط تسلیم باطل است زیرا در هر

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۲۴؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۸۶.

حال، تسلیط غیرمسلمان بر مسلمان را جایز نمی‌شمارند.[۱] شافعیه میان مجرمی که در دارالحرب قوم و خویشی دارد که از او حمایت می‌کنند و مجرمی که فاقد چنین موقعیتی است، تفاوت می‌گذارند، تسلیم مورد اوّل را مجاز و مورد دوم را غیرمجاز و خوف وقوع آشوب و فتنه را مبنای عدم تسلیم می‌دانند.[۲]

باید توجه داشت که هر یک از اتباع دارالحرب که مسلمان و به دارالاسلام پناهنده شود به اعتبار ورودش به سرزمین اسلام از اهل آنجا به حساب می‌آید و تبعه‌ی دولت اسلامی محسوب می‌گردد که به خاک آن وارد شده است. از این رو اگر دولت منظور، او را مسترد نمی‌دارد درواقع تبعه‌ی خود را تسلیم نمی‌کند. این مسئله فی‌نفسه عمل به قاعده‌ای است که براساس آن، دولت مسلمان حق ندارد تبعه‌ی خود را به دولت غیرمسلمان مسترد و تسلیم کند. تسلیم تبعه به دولت مسلمان دیگر، خروج از قاعده‌ی موصوف نیست زیرا اراضی و سرزمین‌های دول اسلامی کلاً داراسلام محسوب می‌شود و در حاکمیت شریعت واحدی که همان اسلام است، قرار دارند و دیگر آن که هر دولت اسلامی در سراسر گیتی نماینده‌ی نظام اسلامی تلقی می‌شود.

دولت اسلامی می‌تواند مستأمن را به منظور محاکمه به کشور متبوع او تسلیم کند به شرط آن که بین دولت تقاضاکننده و این دولت، قرارداد استرداد مجرمان ردوبدل شده باشد ولی نمی‌تواند مستأمن را به دولت دیگری غیر از دولت متبوعش تسلیم کند زیرا این کار با مقتضای عقد امان که به موجب آن، جان مستأمن در امان است، منافات دارد، مگر آن که میان دولت متقاضی و این دولت معاهده‌ای امضا شده باشد که به استرداد وی منجر شود. در این صورت، عقد امانی که بامستأمن منعقد گردیده است با توجه به این معاهده صورت می‌گیرد و استرداد وی از باب وفای به عهد، مجاز خواهد بود.

این قاعده‌ی شرعی که به موجب آن، دولت اسلامی اتباع خود را به دولت دیگری تسلیم نمی‌کند، قاعده‌ای است که بیشتر دولت‌های کنونی آن را پذیرفته‌اند لیکن برخی از دول جهان مانند امریکا و انگلستان حتی بدون رعایت شرط رفتار متقابل، تسلیم اتباع خود را مجاز می‌شمارند. این اصل جز در مورد دول اسلامی مقبول شریعت نیست. پس دو قاعده‌ای که هم‌اکنون درباره‌ی استرداد مجرمان، معمول به است، همان دو قاعده‌ی شریعت اسلام است که هر یک از آن دو را در حالت‌های معینی به کار می‌گیرد و حال آن که

---

۱. *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۲۹۶؛ *روح‌المعانی* ألوسی، ج ۲۸، ص ۶۷ و ۶۸؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۸۷.
۲. *المهذب*، ج ۳، ص ۲۷۷؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۲۷.

دولت‌های کنونی فقط یکی از دو اصل مزبور را پذیرفته‌اند و مانند دین اسلام، آن دو را توأماً و حسب مورد اعمال نمی‌کنند.

دولت‌های جدید امروز متفقاً نظر می‌دهند که اگر مجرمی، به سبب جرم ارتکابی حاضر است در کشور مورد تقاضا کیفر ببیند، هرچند تبعه‌ی این کشور نباشد، نباید به دولت تقاضاکننده تسلیم شود. این موضوع مطابق اصول شریعت است زیرا اگر دولتی صلاحیت رسیدگی به یک جرم را داشته باشد باید مجرم را کیفر دهد و در این صورت استرداد وی بی‌معنی خواهد بود.

۲۲۶. استرداد بردگان: دولت‌های کنونی در این که نباید بردگان فراری را به دولت تقاضاکننده تسلیم کرد متفق‌القول‌اند. این اصلی است که پس از لغو نظام برده‌داری در قرن گذشته، از طرف دولت‌ها اعلام گردید، لیکن اسلام آن اصل را از ۱۳ قرن قبل اعلام کرده است. به طور مشخص می‌توان گفت که اصل مزبور در واقعه‌ی "حدیبیّه" از طرف پیامبر اسلام بیان گردید، عده‌ای از بردگان قریش در آن روز به اردوگاه مسلمانان گریختند، قریش عده‌ای را برای استرداد آنها فرستادند. پیامبر فرمود: آنها به دلیل گرایش به دین جدید نگریخته‌اند، بلکه از بردگی فرار کرده‌اند، عده‌ای از مسلمانان هم گفتند: یا رسول‌الله اینان راست می‌گویند، آنها را برگردانید، پیامبر خشمگین شد و فرمود «آنان آزادگان خدایی‌اند».

قاعده‌ی شرعی این است که اگر برده‌ای اسلام آورده به دار اسلام یا اردوگاه مسلمانان پناهنده شود یا پس از ایمان به اسلام در دارحرب بماند تا مسلمانان بر آنجا چیره شوند، آزاد می‌شود و استرداد وی جایز نیست.[1] به نظر شافعی، در یک حالت برده تسلیم می‌شود و آن در صورتی است که پس از قبول اسلام به دارالاسلام پناهنده شده و میان این دو سرزمین معاهده نوشته شده باشد. زیرا برده، مال است و جان و مال اهل دارحرب به سبب پیمان موجود در امان است. احمد این نظر را مردود می‌داند و می‌گوید امانی که به اهل حرب اعطا گشته است در اموری است که در قبضه و حیطه‌ی مسلمانان باشد و برده‌ها در جنگ و قبضه‌ی آنان است نه مسلمانان.[2]

۲۲۷. استرداد مجرمان سیاسی و نظامیان: دولت‌ها متفق‌القول‌اند که مجرمان سیاسی و نظامیان به دولت متقاضی تسلیم نخواهند شد. این اصل با قواعد حاکم بر شریعت اسلام

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۳۴۶؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۷۹؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۲۳؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۸۶.

۲. *المهذب*، ج ۲، ص ۲۷۹؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۲۸؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۲۳.

تعارض ندارد و با توجه به قواعدی که قبلاً توضیح داده شده ممکن است مورد قبول حقوق اسلام هم باشد.

۲۲۸. آیا حربی‌هایی که پس از مسلمان شدن به سرزمین اسلامی پناهنده می‌شوند ممکن است مجازات شوند؟ دانستیم که اسلام تسلیم زنان را مطلقاً اجازه نمی‌دهد، و تسلیم مردان را نیز مادامی‌که قراردادی در این زمینه نباشد مجاز نمی‌داند، در صورت وجود قرارداد، استرداد نیز مسئله‌ی اختلافی است، با این‌حال آیا می‌توان مسلمانی را که از دارحرب به دار اسلام پناهنده شده، به سبب جرمی که در آنجا مرتکب شده است کیفر داد؟ برای پاسخ به این سؤال لازم است میان دو فرض تفاوت بگذاریم. فرض نخست آن است که وی جرایم منظور را پیش از مسلمان شدن مرتکب شده باشد. فرض دوم آن است که پس از اسلام آوردن مرتکب گردد. اگر پیش از اسلام باشد، به اتفاق فقها کیفر ندارد. زیرا به موجب قاعده‌ی «الاسلام یجب ماقبله» آنچه پیش از اسلام آوردن رخ داده باشد، بخشوده می‌شود. اساس قاعده‌ی مزبور قول خداوند است که می‌فرماید: «قل للذین کفروا ان ینتهوا یغفرلهم ماقدّ سلف» (انفال، ۳۸). این قاعده درباره‌ی کسانی که پیامبر (ص) را آزرده بودند و مسلمانان را کشته یا مثله کرده بودند، اجرا شد؛ مانند کعب‌بن‌أبی که پیامبر و مسلمانان را با متلک‌گویی‌هایش می‌آزرد و مانند وحشی قاتل حمزةبن‌عبدالمطلب و مانند هنده زن ابوسفیان که پس از قتل حمزه، او را مثله کرد.

اما اگر پس از مسلمان شدن مرتکب جرم شده باشد، چنانچه از نظر ابوحنیفه و ابویوسف متابعت شود، کیفر نمی‌بینند، زیرا جرم در سرزمینی رخ داده است که مسلمانان بر آنجا ولایت و حکومت ندارند. وقتی جرم قابل مجازات خواهد بود که در زمان وقوع به محل وقوع بزه، تسلط و ولایت حاکم باشد. اگر نظر مالک و شافعی و احمد ملاک عمل قرار بگیرد، به شرط آن که مجرم به حرمت عمل آگاه یا از دیدگاه اسلام درباره‌ی حرمت آن عمل مطلع بوده باشد، کیفر خواهد دید. در غیر این‌صورت، یعنی عدم آگاهی، مجازات نمی‌شود. اما آنچه را شریعت حرام نمی‌داند هرچند در دارحرب جرم شناخته شود به جهت انجام‌دادن آن کیفر نمی‌بینند.[1]

۲۲۹. ثانیاً: تبعید بزه‌کاران: برحسب آن که متهم از ساکنان و اهل دار اسلام باشد یا از اهالی دار حرب، حکم تبعید متفاوت خواهد بود:

۱. به شماره‌های ۲۱۴ الی ۲۱۶ و ۲۹۸ مراجعه کنید.

تبعید مسلمانان و ذمی‌ها: در مطالب گذشته ملاحظه شد که تمام کشورهای اسلامی پیکر واحد تلقی و دار اسلام نامیده می‌شوند. نتیجه‌ی تبلوریافته‌ی این نظر این است که نمی‌توان مانع ورود مسلمان یا ذمی به کشور دیگر اسلامی غیر از کشور متبوع خود شد.

اصل دیگر اسلام این است که جایز نیست مسلمان یا ذمی از دار اسلام تبعید شود زیرا تبعید از دار اسلام او را در معرض فتنه قرار می‌دهد و باعث هلاکت او می‌گردد و از اظهار شعایر دینی باز می‌ماند، از طرفی تبعید ذمی از دار اسلام با عقد ذمّه سازگار نیست.

نتیجه‌ای که از "پیکر واحد بودن کشورهای اسلام" و "عدم جواز تبعید مسلمان و ذمی از دار اسلام" به دست می‌آید آن است که دول اسلامی مجاز به تبعید مسلمان یا ذمی از خاک کشورشان نیستند؛ هرچند تبعه‌ی آن دول نبوده یا برای اقامت موقت به خاک آن کشور وارد شده باشند.

در پس قواعد اسلامی، جلوگیری از ورود مسلمان یا ذمی به خاک کشور مسلمان دیگری مجاز دانسته نشده است. تبعید آنها نیز مجاز دانسته نشده زیرا مسلمان و ذمی در هر حال نسبت به دار اسلام و دول حاکم بر آن بیگانه به حساب نمی‌آیند. هر کشوری از این سرزمین، کشور او و هر دولت و حکومتی، دولت و حکومت اوست، زیرا آنها قبل از آن که نماینده‌ی خاک و اتباع خود باشند، نماینده‌ی اسلام و هر کسی هستند که به اسلام اعتقاد دارد و یا به احکام آن پای‌بند است.

اگر اصل این است که از ورود اتباع دولت اسلام به خاک دولت اسلامی دیگر جلوگیری شود و یا از آن تبعید نشوند، آیا چنانچه ضرورت حفظ امنیت و نظم عمومی اقتضا کند دولت‌ها می‌توانند به قدر ضرورت مقرراتی برای ورود افراد، به خاکشان در نظر بگیرند؟ و آیا اگر ضرورت اقتضا کند آنها می‌توانند افرادی را که تبعه‌ی آن کشور نیستند به کشور متبوع آنها یا به هر کشور دیگری تبعید کنند؟

از قواعد اولیه‌ی شریعت اسلام، قاعده‌ی "الضرورات تبیح المحظورات" و "کل ضروره تقدر بقدرها" است. معنای قواعد مزبور آن است که آنچه در اوضاع و احوال عادی مباح نیست، به هنگام اقتضای ضرورت مجاز و مشروع به حساب می‌آید؛ به شرط آن که فراتر از حد نیاز و اقتضای ضرورت نباشد. در اجرای دو قاعده‌ی مزبور، دولت‌های اسلام به هنگام ضرورت می‌توانند برای ورود به قلمرو حکومتی، به قدر نیاز، و به شرط آن که دفع ضرورت با وسیله‌ی دیگری ممکن نباشد، مقرراتی را وضع کنند و هم‌چنین به هنگام ضرورت و به شرط آن که برای دفع ضرورت وسیله‌ی دیگری موجود نباشد، مسلمان یا ذمی را از خاک خود اخراج کنند، و در این صورت، تبعید آنها به کشور متبوع یا هر کشور دیگری مجاز

است. ولی در هر حال نباید به دار حرب تبعید شوند؛ هرچند میان دار اسلام و کشور محل تبعید، قرارداد مودت بسته شده باشد.

لیکن به نظر نویسنده، هیچ دولت اسلامی به بهانه‌ی حفظ امنیت و نظم عمومی و یا هر بهانه‌ی دیگری نمی‌تواند و نباید از ورود اتباع دول اسلامی به خاک آن کشور جلوگیری کند؛ یا از اقامت آنان ممانعت کند. زیرا هر دولتی معمولاً ابزار و موجبات حفظ امنیت خود را دارد. در احکام شریعت، مقرراتی یافت می‌شود که احتیاج و ضرورت را رفع و به دولت اجازه می‌دهد تا امنیت را برقرار و نظام خود را محافظت کند. از منافع عمومی حمایت و از افراد مظنون مراقبت و آنان را با عنوان اقدامات تأمینی برای حفظ مصالح دست‌گیر کند. اگر این همه در اختیار دولت است و انجام دادن آنها سبب نمی‌شود که قاعده‌ای زیر پا گذاشته شود، بنابراین، دولت حق ندارد از شیوه‌ی مزبور عدول و به بهانه‌ی ضرورت، شیوه‌ای را اتخاذ کند که باعث زیرپاگذاشتن یکی از قواعد مهم شریعت گردد. با توجه به این که دولت نمی‌تواند اتباع خود را از کشور اخراج کند و یا آنان را از ورود به کشورش باز دارد و کافی است که در مقابل خطرهای احتمالی از سوی آنان، به یکی از طرق مذکور در فوق توسل جوید، به طریق اولی از این اقدامات در دفع خطر بیگانگان و مهاجرانی که از اتباع خود ضعیف‌تر و ناتوان‌تر هستند می‌تواند استفاده کند.

بنابر این، وظیفه‌ی هر دولت اسلامی عدم تبعید اتباع دول اسلامی دیگر و بازنداشتن آنها از ورودشان به کشور اسلامی است و باید با آنان مانند اتباع خود رفتار کند و اگر عملی را که مخل امنیت است انجام دهند به سان اتباع خود کیفر دهد. آنچه را می‌گوییم با اغراض و مقاصد شریعت که دار اسلام را یکپارچه می‌داند و آن را برای ذمی و مسلمان خانه‌ی امن می‌شناسد سازگار است. نتیجه‌ی نظر مخالف، با این دیدگاه، علاوه بر عیوبی که برشمرده شد، نابرابری و اشتعال جنگ‌های وطنی و نژادی است که با اغراض اسلام مخالف است و اسلام هرگز به ایجاد چنین وضعیتی راضی نمی‌شود.

۲۳۰. تبعید محاربین: حربی‌ها حق ندارند به دار اسلام داخل شوند مگر به موجب اجازه‌ی خاص (روادید ورود) و معاهده‌ای که مطابق با قواعد شریعت به امضا رسیده باشد. در صورتی هم که اجازه‌ی ورود داده شود به نظر ابوحنیفه و شافعی و برخی از حنابله،[۱] حق ندارند بیش از یک سال اقامت کنند. اما به نظر مالک و برخی دیگر از فقهای حنابله، اقامت

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۳۵۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۴۳۷.

موقت، مدت معینی ندارد.[۱] به عقیده‌ی شافعی این مدت بیشتر از چهار ماه نیست مگر امام اجازه دهد و در این کار مصلحت باشد.[۲]

وقتی مدت اقامت سپری شد، دولت اسلامی حق دارد او را از خاکش بیرون کند، و اگر به اقدام مخل امنیت دست بزند یا بیم اخلال در امنیت موجود باشد می‌تواند پیش از پایان مدت اقامت هم او را بیرون کند. زیرا خداوند می‌فرماید: «و چنانچه از خیانت‌کاری گروهی می‌اندیشی تو نیز با رعایت عدل و درستی عهد آنها را نقض کن» (انفال، ۵۸) و «فما استقاموا لکم فاستقیموا لهم» (تا زمانی که آنها بر عهد خود پایدارند شما هم بر عهد آنها پای‌بند باشید) (توبه، ۷). تبعید مستأمن با رعایت این شرط مقدور است که در محل تبعید، بیم هلاک جان او نباشد؛ یا این که به موطن اصلی خود اخراج گردد، زیرا وی به موجب عقدامان به دار اسلام داخل شده است و نباید در معرض هلاکت گذاشته شود بنابر این به محلی تبعید خواهد شد که در امان باشد زیرا خداوند می‌فرماید: «ثم ابلغه مأمنه» (توبه، ۶).

ملاحظه می‌شود که اخراج ذمی، هرچند بیم خیانت باشد یا عملی انجام دهد که خیانت‌کاری وی را نشان دهد، جایز نیست. تفاوت ذمّی با مستأمن در این است که وی از اتباع دولت اسلام محسوب می‌شود و در داراسلام اقامت دایمی دارد. پس او مانند مسلمان در اختیار و قبضه‌ی امام است و اگر خیانتش آشکار شود مانند یک مسلمان خائن مجازات می‌بیند اما، مستأمن چنین نیست و مشکل است که خیانت وی فهمیده شود.[۳]

۲۳۱. بررسی تطبیقی: در قوانین وضعی، قاعده‌ی منع ورود بیگانگان به خاک یک کشور پذیرفته شده است و پس از ورود هم، چنانچه مصلحت عمومی ایجاب کند، اخراج آنان مجاز است. در این قوانین ورود بیگانگان به کشور دیگر فقط با اجازه‌ی ورود ممکن است آن هم با این شرط که برای مدت معینی و به طور موقت باشد و پس از پایان مهلت اقامت اگر تجدید نشود از کشور اخراج می‌شوند. اصول مزبور که در این اواخر در قوانین وضعی لحاظ شده‌اند همان اصولی هستند که اسلام از ۱۳ قرن قبل بیان کرده است، هم‌چنین مابین قوانین وضعی و قوانین اسلام در عدم جواز اخراج اتباع از کشور و جلوگیری از ورود آنان به خاک کشور سازگاری دیده می‌شود. اختلاف قوانین وضعی با اسلام در این است که مسئولیت

---

۱. همان، ج ۱۰، ص ۴۳۶؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۵۹.

۲. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۰۴.

۳. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۲۹۴؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۸۶؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۹۴؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۲۰ به بعد.

رسانیدن شخص اخراج شده به موطنش مشخص نیست. در اغلب قوانین به همین اندازه اکتفا شده است که شخص منظور از خاک کشور اخراج شود؛ هرچند این امر باعث هلاکت وی گردد. تفوق شریعت اسلام در این نکته نیازمند توضیح نیست.

۲۳۲. ملیت از دیدگاه اسلام: نژاد و ملیت از نظر اسلام براساس "دار" استوار است، به عبارت دیگر، نژاد و جنس بر مبنای اسلام و التزام یا عدم التزام به احکام آن تعیین می‌گردد. پس ساکنان دار اسلام ملیت واحد دارند؛ خواه مسلمان باشند یا ذمی؛ تحت یک حکومت باشند و یا حکومت‌های متعدد، و هرگاه گفته می‌شود این شخص اهل مصر است یا سوری یا عراقی و یا مغربی، این امتیاز، یک امتیاز منطقه‌ای و محلی است و هیچ حکم شرعی بر امتیاز مزبور مبتنی نیست و هیچ تأثیر خارجی ندارد.

سکنه‌ی دارحرب هم، نژاد و ملیت واحدی دارند؛ هرچند در کشورهای مختلف و تحت حکومت‌های متعدد زندگی کنند. اگر انگلیسی از فرانسوی یا امریکایی تفکیک می‌شود، این تفکیک یک معیار داخلی است. احکام اسلام درباره‌ی همه‌ی آنها خواه متحد باشند یا متفرق یکسان است، البته شرعاً هیچ مانعی وجود ندارد که در مقابل دول بیگانه، برحسب موقعیت و موضع‌گیری آنها تلقی متفاوتی در میان باشد. ممکن است مثلاً مسلمانان با انگلیس جنگ داشته باشند و با فرانسه معاهده و یا قرارداد صلح و از این قبیل.

اساس ملیت در دار اسلام، پذیرفتن اسلام و التزام به احکام آن است. هرکس اسلام را بپذیرد، مسلمان نامیده می‌شود و کسی که به احکام آن پای‌بند است ولی ایمان نیاورده، ذمی نام دارد. اساس ملیت در دارحرب نیز انکار اسلام و عدم پای‌بندی به احکام آن است.

از دیدگاه شریعت، ملیت با تغییر مبنای آن تغییر می‌یابد، مثلاً ملیت حربی با پذیرش اسلام یا با وارد شدن در ذمّه‌ی مسلمانان و التزام به احکام اسلام، دگرگون می‌شود. مهاجرت به دار اسلام شرط داخل شدن در ذمّه‌ی مسلمانان است. محارب، مادامی‌که در کشور خویش است ذمی محسوب نمی‌گردد، مگر آن که کشور وی کلاً در ذمّه داخل شود و ساکنان آن به احکام اسلام ملتزم شوند. در این صورت، مهاجرت شرط نخواهد بود زیرا کشور مزبور در وضعیت فوق از دار اسلام به حساب می‌آید. ملیت محارب با پذیرفتن اسلام تغییر می‌کند و در این صورت، مهاجرت به دار اسلام لازم نیست؛ هرچند مطابق نظر ابوحنیفه اگر بخواهد از عصمت بهره‌مند گردد باید به داراسلام مهاجرت کند.

ملیت مسلمان و ذمی نیز با تغییر اساس و مبنای آن تغییر می‌یابد، مسلمان در اثر ارتداد ملیت خود را از دست می‌دهد و ذمی هم با عدم التزام به احکام اسلام و اقامت دایم در دارحرب.

عقد نکاح، زوجه را تابع زوج می‌کند ولی این امر به تنهایی برای تغییر ملیت کافی نیست. چنانچه مسلمان یا ذمی در دارحرب با یک زن حربی ازدواج کند، زوجه‌ی وی در ملیت تابع زوج نخواهد بود مگر آن که به دار اسلام داخل شود، وقتی داخل شد در اثر ازدواج و مهاجرت ذمی محسوب می‌گردد. وقتی مستأمن در دار اسلام با یک زن ذمی ازدواج کند در اثر ازدواج به ترتیب ذمی یا حربی شمرده نمی‌شوند، مگر آن که مستأمن راضی شود به صورت دایم در دار اسلام اقامت کند که در این صورت ذمی خواهد بود و یا زوجه هم‌راه زوج خود به دارحرب مهاجرت کند که در این صورت، حربی شمرده می‌شود. اگر مسلمان با زن حربی ازدواج کند و زوجه مسلمان شود بدون آن که به مهاجرت نیازمند باشد از ملیت اسلامی بهره‌مند خواهد بود، زیرا ملیت با صرف پذیرش اسلام تغییر می‌یابد، پس این ازدواج نیست که ملیت را در پی می‌آورد بلکه عامل آن اسلام، التزام به احکام و اقامت در سرزمین آن است. تغییر ملیت زوج در ملیت زوجه بی‌تأثیر است، مثلاً اگر ذمی در دارحرب اقامت کند و همسرش از وی تبعیت ننماید، زوج حربی می‌شود و زوج کماکان ذمی خواهد ماند. مسلمان اگر مرتد گردد، حربی می‌شود ولی ارتداد وی در ملیت زوجه‌اش تأثیر نمی‌گذارد مگر آن که خود وی مرتد شود.

صغار و کسانی که در حکم صغارند مانند مجانین، در ملیت، تابع والدین خود هستند، اگر زوجین مسلمان شوند یا در ذمّه‌ی مسلمانان داخل شوند، فرزندان غیرممیز آنان به تبع والدین، مسلمان یا ذمی محسوب می‌گردند، و اگر پدر به تنهایی اسلام آورد یا به ذمّه داخل شود، فرزندان غیرممیز از او تبعیت می‌کنند و چنانچه فقط مادر اسلام را بپذیرد یا به ذمّه درآید به نظر ابوحنیفه و شافعی و احمد، اطفال غیرممیز، تابع او خواهند بود، ولی به نظر مالک در تابعیت پدر می‌مانند.

تبعیت اطفال غیرممیز از والدین خود به شرح فوق، در صورتی است که تغییر ملیت از ملیت پایین و بی‌ارزش به ملیت برتر و باارزش صورت بگیرد. ملیت اسلامی، والا و بلندمرتبه است پیامبر (ص) می‌فرماید: «الاسلام یعلو ولایعلی علیه» و اگر تغییر ملیت از بالا به پایین رخ دهد، اولاد کماکان در ملیت نخست خود خواهند ماند. پس اگر زوجین مسلمان مرتد شوند، فرزندان غیرممیّز آنان مسلمان می‌مانند و هم‌چنین است اگر فقط یکی از والدین مرتد شود.[1]

این‌ها قواعد عمومی و کلی بود که براساس شریعت، ملیت بر آنها قوام می‌یابد.

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۹۳ تا ۹۶؛ مجله‌ی *قانون و اقتصاد*، سال اول، ج ۱، ص ۱۱ تا ۱۴؛ *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۶۹؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۲۳.

دراین باره بحث‌های مفصلی مطرح است که در این کتاب نمی‌گنجند. قواعد مزبور که در اسلام بیان شده همان اصولی است که امروزه در قوانین عرفی درباره‌ی ملیت مهر تأیید بر آن خورده است ملیت از دیدگاه قوانین براساس خاک است، هرکس به صورت دایم در خاک کشوری سکونت کند، ملیت آنجا را می‌یابد. این نظر، همان موضع اسلام درباره‌ی اقامت دایم در دار اسلام است که ملیت شخص را تغییر می‌دهد، و اگر مدت معینی در خاک کشور دیگری اقامت کند و تابعیت آنجا را بپذیرد، ملیت کشور اخیر را به خود می‌گیرد، و زوجه با شروط معینی از ملیت زوج تبعیت می‌کند و به عنوان یک قاعده‌ی عمومی، اطفال صغیر، تابع ملیت والدینشان هستند.

فصل چهارم

قلمرو قوانین جزائی نسبت به اشخاص

۲۳۳. بررسی تاریخی: تا اواخر قرن هجدهم در قوانین عرفی، تفاوت‌گذاری میان افراد دیده می‌شد اما بر برابری محکومان جزائی تأکید نشده بود و بین آنان در محاکمه، تعیین و اعمال مجازات، تفاوت می‌گذاشتند. به تبع تعداد طایفه‌ها، دادگاه‌های متعدد وجود داشت. برای اشراف و ثروتمندان، محاکم خاص و قضات معینی در نظر گرفته شده بود. روحانیان محاکم ویژه و افراد معمولی جامعه هم دادگاه‌های خاص خود را داشتند و برای هر کدام از دو طایفه نیز مانند اشراف، قضات معینی در نظر گرفته بودند. شخصیت متهم در قانون جایگاه و اعتبار خاصی داشت، جرمی را که یک نفر از طبقه‌ی از اشراف مرتکب می‌شد با سبک‌ترین مجازات کیفر می‌دادند و ارتکاب همان جرم به دست یک فرد عادی، شدیدترین کیفر را به دنبال داشت. اجرای مجازات هم به گونه‌ای بود که با منزلت اشراف و زرمندان مناسب باشد و نسبت به فرد معمولی با فشار و اهانت توأم گردد، مثلاً وقتی یک اشراف‌زاده و فرد معمولی به اعدام محکوم می‌شدند، گردن شریف را با شمشیر می‌زدند و فقیر را از طنابی می‌آویختند؛ آن گونه که به گردن سگ‌ها طناب می‌اندازند. برخی از اعمال، چنانچه افراد عادی مرتکب می‌شدند جرم محسوب می‌شد و به سخت‌ترین وجه به مجازات می‌رسید و حال آن که اگر آن اعمال را اشراف و روحانیان مرتکب می‌شدند، تحت بازخواست و محاکمه قرار نمی‌گرفتند.

قوانین جزائی تا اواخر قرن هجدهم یا حتی تا ظهور انقلاب فرانسه چنین وضعی داشتند، و از آن به بعد، اصل برابری افراد در مقابل قانون و این که قانون درباره‌ی اشخاص

به صورت یکسان به مرحله‌ی اجرا درآید، یکی از مبانی اولیه و اساسی قانون بـه حسـاب آمد، با این‌حال اصل مساوات تاکنون به طور دقـیق اعـمال نشـده است. زیـرا رهـاشدن از تقلیدات قدیم و فراموش کردن گذشته، به طور کلی آسان نیست و حالت‌هایی از امـتیاز و عدم برابری به عنوان استثنایی بر اصل برابری افراد در مقابل قانون، کـماکـان بـاقی مـانده است. برخی از نویسندگان در پی تدارک معاذیر قانونی و تهیه‌ی ترفندهای حقوقی به قصد توجیه آنها برآمده‌اند و حال آن که برخی بر آن انتقاد دارند و قصدشان الغای ایـن حـالات نابرابر است و البته به موفقیت‌هایی نیز نایل گشته‌اند. برخی از قوانین جزائی که در اواخـر قرن ۱۹ و اوایل قرن حاضر وضع گردیده‌اند با گرایش بـه ایـن‌سو، دایـره‌ی آن اسـتثناها را محدود کرده‌اند. امروزه اغلب اندیشمندان از داعیان اصل برابری به شـمار آمـده‌انـد و در تحقق آن مجدانه تلاش می‌کنند و عن‌قریب اصل مزبور کاملاً مرعی خواهد گردید، البته این امر را باید در نظر داشت که اعمال این گونه نظریات ممکن است به این زودی مقدور نباشد، در هر حال آرزویی است که دل‌ها و انسانیت در پی تحقق آنند.

۲۳۴. نمونه‌هایی از عدم رعایت اصل برابری در مقابل قانون: از بارزترین نمونه‌های عدم رعایت اصل برابری همگان در مقابل قانون، مثال‌های زیر است:

الف ـ مصونیت رئیس دولت: در قوانین وضعی همیشه مـیان عـالی‌ترین مـقام رسـمی کشور اعم از آن که شاه باشد یا رئیس جمهور، با دیگران تفاوت گذاشته می‌شود و حال آن که افراد جامعه مشمول قانون هستند. رئیس دولت را با این استدلال که قـانون از خـود او نشئت می‌گیرد، فراتر از شمول این قوانین می‌دانند زیرا خضوع وی در مقابل چیزی کـه از خودش نشئت گرفته، صحیح نیست.

در برخی از قوانین اساسی مانند قانون اساسی دانمارک و قانون اساسی اسپانیا، پیش از آن که حکومت جمهوری شود، شخص پادشاه مقدس شمرده می‌شد. بـه مـوجب قـانون اساسی انگلیس، پادشاه مصونیت دارد و فرض بر این است که او هرگز خطا نـمی‌کند. در بلژیک و مصر نیز پادشاه مصونیت دارد و در ایتالیا و رومانی نیز پیش از لغو نظام پادشاهی، شاه مصونیت داشت.

در نظام جمهوری نیز اصل بر این است که رئیس جمهور غیرمسئول است. تا قـرن ۱۹ میلادی، مردم دنیا این مصونیت و غیرمسئول بودن را برای رؤسای جـمهور مـی‌پذیرفتند. سپس در ادامه‌ی تحقق اصل برابری، روش معمول کنار گذاشته شد، مثلاً قـانون اسـاسی فرانسه، رئیس‌جمهور را فقط در صورت خیانت به کشور و قانون اساسی چکسلواکی پیش از

جنگ جهانی اخیر در صورتی که رئیس جمهور به کشور خیانت می‌کرد اجازه می‌داد که تحت استنطاق قرار بگیرد و قانون اساسی لهستان که پس از جنگ ۱۹۱۴ تصویب گردیده است، در صورتی که رئیس جمهور به کشورش خیانت کند یا قانون اساسی را زیر پا بگذارد، مسئولیت کیفری قایل است هم‌چنان که اگر دست به ارتکاب جرم عادی هم بزند مسئول است، ولی برای محاکمه، اجازه‌ی پارلمان و رأی اکثریت خاصی از نمایندگان لازم است.

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که در قوانین وضعی در باب مسئولیت رؤسای دول از سه نظریه پیروی می‌شود: بنابر نظریه‌ی اول، رئیس دولت در مقابل هیچ جرمی مسئول نیست؛ بنابر نظریه‌ی دوم، وی در مقابل برخی از جرایم مسئول است؛ و در نظریه‌ی سوم او در مقابل همه‌ی جرایم مسئول شناخته می‌شود.

تردید نیست که مسئولیت رؤسای دول بنابر قوانین وضعی دچار تحول گسترده‌ای شده است، رؤسای دول حتی تا قرن ۱۸ کلاً از مسئولیت، معاف بوده‌اند، کم‌کم این قاعده زیر پا گذاشته شد و اکنون بیشتر رؤسا و رهبران دولت‌ها واجد مسئولیت جزئی یا کامل هستند.

ب ـ مصونیت رؤسای دول بیگانه: در قوانین عرفی، رؤسا و رهبران کشورهای دیگر، اعم از آن که پادشاه باشند یا رئیس جمهور در مقابل جرمی که درکشور دیگری غیر از خاک خود مرتکب شوند، از محاکمه معاف هستند ـ خواه به صورت رسمی داخل شوند و یا ناشناخته ـ این معافیت شامل افراد هیئت هم‌راه نیز می‌شود. استدلال نویسندگان حقوق در توجیه معافیت مزبور این است که محاکمه‌ی رؤسای دول یا اعضای هیئت هم‌راه او، با اصول میهمان‌نوازی و احترام سازگار نیست.این استدلال منطقی نیست زیرا وقتی رئیس دولتی، خود را به حدی پایین می‌آورد که دست به ارتکاب جرم می‌زند، قواعد میهمانی را زیرپا می‌گذارد و شایسته‌ی توقیر و احترام نیست، همین مطلب در مورد اعضای هیئت هم‌راه نیز صادق است. واقعیت این است که "معافیت" منظور، تقلید از شیوه‌ی قدیم است که قوانین وضعی قبل از قبول اصل برابری، آن را رعایت می‌کردند که امروزه نیز عمل می‌کنند. در پایداری این قاعده، مقبول بودن آن از طرف دولت‌ها و این که بخشی از حقوق بین‌المللی شده است، تأثیر به سزایی دارد. معروف است که حقوق بین‌الملل با سرعت قوانین داخلی کشور دچار تحول و دگرگونی نمی‌شود.

ج ـ مصونیت نمایندگان سیاسی: در قوانین وضعی، هیئت‌های سیاسی که نمایندگان دول بیگانه به حساب می‌آیند، از شمول قوانین کشور محل مأموریت معاف هستند و این معافیت به اعضای خانواده‌ی آنان و دیگر اعضای نمایندگی سیاسی نیز تسری می‌یابد. استدلال علمای حقوق در توجیه این معافیت آن است که هیئت‌های سیاسی، نماینده‌ی

دولت متبوع خود در کشور محل مأموریت به حساب می‌آیند و هیچ دولتی نمی‌تواند دولت دیگر را مجازات کند، دیگر این که امکان ادای وظیفه به نحو احسن، این معافیت را ضروری می‌سازد؛ تا در اثر دستگیری و بازرسی و محاکمه از ادای وظیفه باز نمانند. در مقابل استدلال‌های فوق، ممکن است این سؤال پیش آید که نماینده‌ی سیاسی، یکی از اتباع دولت بیگانه است و هر دولتی حق دارد، اتباع کشور بیگانه را در صورت ارتکاب بزه، محاکمه کند و ادای وظیفه‌ی یک تبعه‌ی بیگانه حتی در مقابل نماینده‌ی سیاسی نباید مانع شمول قانون نسبت به وی شود، و او تا زمانی که به قانون احترام می‌گذارد و از آن اطاعت می‌کند، خود را در معرض تعقیب آن قرار نمی‌دهد.

د ـ مصونیت نمایندگان مجلس: در قوانین وضعی کشورهای پارلمانی، نمایندگان مردم درخصوص آنچه به اعتبار ادای وظیفه‌ی نمایندگی بر زبان می‌رانند از کیفر معاف هستند. در قانون اساسی مصر این موضع پذیرفته شده است و نمایندگان مردم در مقابل افکار و آرائی که در مجلسین از خود بروز می‌دهند مؤاخذه‌شدنی نیستند.[1]

به عبارت دیگر، در قانون اساسی مصر آنان از مسئولیت گفتار مجرمانه‌ی شفاهی یا کتبی که در مجلسین بیان می‌کنند معاف هستند. مقصود از این معافیت آن است که اعضای مجلسین، آزادی عمل بیشتری داشته باشند و وظیفه‌ی نمایندگی خود را به بهترین وجه انجام دهند. با این همه این معافیت، تجاوز آشکاری است بر اصل مساوات. زیرا مجامع دیگری مانند شوراهای ایالتی هست که اعضای آنها نمی‌توانند از مصونیتی که نمایندگان مجلس دارند، بهره‌مند شوند. از طرف دیگر، بعضی افراد که مسئولیت امور عمومی را عهده‌دارند و بیشتر از یک عضو مجلس در جامعه مؤثرند، فاقد مصونیت هستند.

هـ ـ مصونیت ثروتمندان: در قوانین وضعی، غالباً ثروتمندان نسبت به فقرا مصونیت دارند. از قانون مصر در این زمینه مثالی می‌آوریم. در مادّه‌ی ۱۸۰ از قانون آ.د.ک مصر چنین آمده است: قاضی مکلف است در بیشتر جرایم متهم را به حبس محکوم کند. با این همه به محکوم علیه این حق را می‌دهد که کفیل مالی معرفی کند و در صورت معرفی کفیل، اجرای مجازات به تأخیر می‌افتد؛ تا در مرحله‌ی استیناف رسیدگی شود[2] ولی اگر قادر به معرفی کفیل نباشد، بدون آن که منتظر نتیجه‌ی استیناف باشند در زندان می‌ماند. این وضع زیرپاگذاشتن آشکار اصل مساوات است، زیرا یک مجرم ثروتمند به راحتی می‌تواند کفیل معرفی کند و حکم درباره‌ی او اجرا نشود و حال آن که فقیر در غالب اوقات از دادن کفالت مالی ناتوان است و حکم محکومیت فوراً درباره‌ی او اعمال می‌گردد.

---

۱. اصل ۱۰۹ قانون اساسی مصر.

۲. مادّه‌ی ۱۰۸ قانون تحقیق جنایی مصر.

همین قانون به متهم زندانی اجازه می‌دهد که به زندانی شدن خود اعتراض کند، و این اعتراض قابل رسیدگی است و قاضی می‌تواند با ضمانت مالی او را آزاد کند.[1] وضع این قاعده نیز باعث می‌شود اصل مساوات زیر پا گذاشته شود زیرا توانگر دایماً می‌تواند ضمان مالی توديع کند و از زندان آزاد شود اما تهی‌دست بیشتر وقت‌ها از توديع آن عاجز است و کماکان در زندان می‌ماند. و چه بسا دادگاه در مرحله‌ی رسیدگی بعدی، او را از اتهام انتسابی تبرئه کند ولی در هر صورت، مدتی را در زندان گذرانده است، البته نه به دلیل ارتکاب جرم بلکه بدان سبب که قادر به معرفی کفیل نبوده، یا به عبارت صحیح‌تر، بدان سبب که فقیر بوده است.

و ـ مصونیت افراد برجسته‌ی جامعه: در قوانین وضعی به افراد برجسته‌ی جامعه امتیاز داده می‌شود، مثلاً در قانون جزای مصر، مدعی‌العموم در جرایم جنحه بدون در نظر گرفتن ملاحظاتی می‌تواند علیه متهم طرح دعوی کند ولی اگر متهم، کارمند، وکیل دادگستری یا پزشک یا نماینده‌ی مجلس یا یک شخصیت برجسته‌ی دیگر باشد، دادستان فقط با رعایت ملاحظاتی می‌تواند دعوی عمومی را طرح و درباره‌ی اتهام فقط به کیفر اداری اکتفا کند که البته ممکن است به محکومیت کارمند یا پزشک یا وکیل منجر شود. بدین ترتیب، متهم از مجازات جنایی نجات می‌یابد و حال آن که چنین وضعی برای افراد معمولی مقدور نیست.

در حقوق مصر به زیان دیده از جرم اجازه داده می‌شود تا خسارت وارده را مطالبه کند و محاکم هنگامی که می‌خواهند خسارت مطالبه شده را مورد حکم قرار دهند شخصیت متقاضی و وضع مالی وی و ضرری که متوجه او گردیده و نفعی را که از دست داده است مد نظر قرار می‌دهند؛ مثلاً اگر مدیر یک شرکت و کارمند آن که در یک حادثه صدمات مشابه دیده‌اند مطالبه‌ی خسارت کنند، مابازایی که به نفع مدیر مورد حکم قرار می‌گیرد بسیار زیاد ولی به نفع کارمند، خسارت جزئی ناچیزی منظور خواهد شد.

مقنن مصری در مورد پرداخت ضرر و زیان ناشی از حوادثی که باعث ازکارافتادگی و یا فوت کارمندان دولت می‌شود از روش فوق تبعیت کرده است. زیرا مقرر می‌دارد میزان خسارت بایستی با سمت کارمند در مدت معین، یا برای مدت معینی متناسب باشد. اگر در سمت پایینی به کار اشتغال داشته باشد، خسارت تعیین شده کوچک، و اگر در سمت مهمی کار می‌کرد، میزان خسارت زیاد خواهد بود.[2] نتیجه‌ی حاصل ممکن است این باشد که اگر دو کارگر در کارخانه‌ی واحد و در یک حادثه و تحت اوضاع خاصی صدمه ببینند و هر یک از

---

۱. مواد ۱۰۴ الی ۱۱۰ قانون آ.د.ک.

۲. مواد ۲۵ الی ۲۹ از قانون مصوب ۱۹۳۶/۶۴ مراجعه به صدمات وارده به کارمندان و جدول ضمیمه.

آن دو، ساعد راست یا دست راست یا مثلاً انگشت سبابه‌ی دست راست را از دست بدهند آن که در سمت پایین‌تر کار می‌کرد کمتر از هم‌کارش که سِمَت بالاتر داشت خسارت بگیرد.

۲۳۵. بررسی تطبیقی: همان گونه که از موارد یاد شده به دست آمد، در نظریه‌ی مساوات اعلام شده‌ی مبتنی بر قوانین وضعی ـ همانند مرغی است که بال‌هایش را شکسته و دست و پایش را قطع کرده باشند ـ نه تنها میان رئیس و مرئوس و حاکم و محکوم تفاوت گذاشته می‌شود، بلکه فرد از فرد و گروهی ازگروه دیگر و ثروتمندان از فقیران برتر دانسته می‌شوند.

چه بسا برخی از ناآگاهان دهشت‌زده شوند، اگر بدانند، اصل برابری که در قوانین وضعی جدید هنوز ناقص و ساختمان آن به پایان نرسیده است در شریعت اسلام به کامل‌ترین نوع از پختگی نایل آمده و عالی‌ترین مدارج را طی کرده است. امتیاز شریعت نسبت به قوانین وضعی تنها از این بعد نیست، بلکه چون اصل برابری مردم را در مقابل قانون از ۱۴ قرن قبل به رسمیت شناخته نیز بر قوانین وضعی که در اواخر قرن ۱۸ بر آن تأکید شده است، امتیاز دارد.

اندیشمندان آرمان‌گرایی که در جستجوی مساوات کامل هستند، می‌توانند به اسلام مراجعه کنند و بی‌شک مساوات کاملی راکه در پی آن هستند در شریعت می‌یابند؛ شریعتی که از حد زیبایی ساختار و شکوه قانونی و عدالت آن چنان احاطه شده است که روشنایی آن چشمانشان را خیره و دل‌هایشان را حیران می‌سازد ولی بدون تردید خواب‌های شیرین و آرزوهایشان را تحقق می‌بخشد.

۲۳۶. اصل مساوات در شریعت: اسلام از روز نخست اصل مساوات و برابری مردم در مقابل قانون را به صورت کامل بیان کرده و بدون قید و شرط آن را پذیرفته است، هیچ قید و استثنایی را مجاز ندانسته و افراد، جوامع، ملیت‌های مختلف، همه و همه را در مقابل قانون یکسان شناخته و میان حاکمان و محکومان و رؤسا و مرئوسان مساوات را رعایت کرده است. هیچ انسانی بر انسان دیگر، سفیدپوست بر سیاه‌پوست، عرب بر عجم برتری ندارد خداوند می‌فرماید: «یا ایهاالناس انا خلقناکم من ذکر و انثی و جعلناکم شعوباً و قبائل لتعارفوا، ان اکرمکم عندالله اتقاکم» (حجرات، ۱۳).

پیامبر (ص) بر اصل مساوات تأکید کرده است: «مردم مانند دندانه‌های شانه برابرند عرب بر عجم برتری ندارد جز با تقوا» و «خداوند با اسلام غرور و نخوت جاهلیت و تفاخر به نیاکان و اجداد را از میان برد، زیرا مردم از آدم و او از خاک است و گرامی‌ترین آنان نزد خداوند با تقواترین آنهاست».

پس بنابر شریعت، مردم به‌رغم اختلاف قبیله و طایفه، در حقوق یکسانند و در واجبات و در مسئولیت‌ها برابرند، مانند دندانه‌های شانه، هیچ دندانه‌ای از بقیه بلند یا کوتاه نیست و یا به سان فرزندان یک زن و مردند.

وحدت در ریشه، آنان را به وحدت در حقوق و واجبات و مسئولیت‌ها سوق می‌دهد. هیچ انسانی بر انسان دیگر برتری ندارد، آن گونه که مردم انگلیس و فرانسه خودشان را از مردم مستعمراتشان برتر می‌دانند. هیچ سفیدی بر سیاه، برتری ندارد آن سان که امریکایی سفیدپوست بر امریکایی سیاه‌پوست فخر می‌فروشد و هیچ عربی بر غیرعرب برتری ندارد؛ یعنی هیچ نژادی بر نژاد دیگر برتر نیست آن گونه که آلمان و دیگر دول اروپایی از برتری نژاد خود سخن گفتند.

در شریعت اسلام، عامل یگانه‌ی تفاوت و برتری، تقوا است، این برتری هم در نزد خداوند است «فان اکرمکم عندالله اتقیکم» و گرامی بودن متقی در نزد پروردگار، به وی این حق را نمی‌دهد که نسبت به دیگران در جامعه از حقوق بیشتری بهره‌مند باشد. پس تقوا صفتی است که در نزدیکی انسان به خداوند، بیشتر از نزدیکی وی به فرد دیگری تأثیر می‌گذارد و امتیازی که از تقوا ناشی می‌گردد، امتیاز معنوی است نه مادی.

در اسلام، اصل مساوات در حدی که عقل بشری می‌تواند تصور کند رعایت شده است و در احکام آن میان رئیس و مرئوس و شاهان و رعایا تفاوتی نیست و نیز میان نمایندگان سیاسی دول اجنبی و سایر اتباع آنها و میان نمایندگان مردم و افراد عادی و میان فقرا و توانگران و میان افراد برجسته‌ی جامعه و افراد گم‌نام تفاوت قایل نیست. در ذیل به بررسی حکم هر یک از حالت‌هایی که به عنوان مثال درباره‌ی عدم رعایت اصل مساوات در قوانین عرفی بیان شد، پرداخته می‌شود:

۲۳۷. رعایت برابری میان رؤسای دول و افراد عادی: در اسلام رؤسای حکومت‌ها و افراد عادی به‌طور یکسان مشمول قانون هستند و همه‌ی آنان در مقابل ارتکاب جرم مسئول شناخته می‌شوند. مسئولان دولت در شریعت اسلام افراد مقدس به حساب نمی‌آیند و بر دیگران امتیاز ندارند و اگر مرتکب جرم شوند، مانند یک فرد معمولی کیفر می‌بینند.

پیامبر (ص) هیچ‌گاه برای خود قداست و امتیاز قایل نشد و مدام می‌فرمود: «انا بشر یوحی الیّ»، «و هل کنت الا بشراً رسولا». او با تأکید بر معنای مساوات میان رهبران و مردم، برای خلفا (جانشینانش) و مسلمانان نمونه و سرمشق بود. یک اعرابی به حضور ایشان رسید. هیبت پیامبر او را گرفته بود، حضرت رسول به ایشان فرمود: «چیزی نیست (هون

علیه) من پسر زنی هستم که گوشت دودی می‌خورد». روزی طلب‌کاری دِین خود را از آن حضرت با تندی مطالبه می‌کرد. عمربن‌خطاب با اشاره به او فهمانید که نباید خشم بگیری، پیامبر فرمود: چه می‌گویی ای عمر، من نیازمند آنم که بگویی دِین خود را ادا کن و او نیازمند آن است که بگویی صبر پیشه گیرد.[1]

در اثنای آخرین بیماری‌اش که به کمک علی (ع) و فضل بن عباس در منبر نشست فرمود: «ای مردم بر پشت هر کس تازیانه زده‌ام اینک این پشت من، قصاص کند. از هر کس هتک آبرویی کردم هم‌اکنون آماده‌ی قصاص هستم، اگر مال کسی ستانده‌ام از من بستاند و از کینه‌توزی و انتقام من نهراسد که این کار از شأن من دور است. آگاه باشید محبوب‌ترین شما بر من کسی است که اگر بر گردن من حق دارد آن را بگیرد یا حلالم کند تا در زمان ملاقات پروردگارم فارغ‌البال باشم». سپس از منبر پایین آمد و به اقامه‌ی نماز ظهر ایستاد، آن گاه بر بالای منبر شد و سخنان نخستین را مجدداً تکرار فرمود.[2]

خلفای پس از وی نیز به سیاق آن حضرت عمل کردند و به راه و هدایت او رفتند. این ابوبکر است که پس از بیعت، در اولین کلامی که می‌گوید بر مساوات تأکید و امتیاز را نفی می‌کند: «ای مردم بر شما ولایت یافتم و حال آن که بهتر از شما نیستم اگر به نیکی رفتار کردم، یاری‌ام دهید و اگر بی‌راهه رفتم بر من بشورید. سپس در آخر خطبه‌اش می‌گوید مردمی که مرا انتخاب کرده‌اند حق دارند عزلم کنند و می‌افزاید؛ تا زمانی که از خدا و رسول او اطاعت می‌کنم از من اطاعت کنید و اگر نافرمانی کردم، از من پیروی نکنید».[3]

هنگامی که عمر به خلافت رسید بیش از هر کسی به این معانی تمسک جست؛ تا آنجا که به کشتن خلیفه‌ی ستمگر نظر داد. روزی به هنگام سخن‌رانی گفت: مایلم اعلام کنم که اگر من و شما در کشتی باشیم که دست‌خوش امواج است و ما را گاهی به شرق می‌برد و گاهی به غرب مردم نباید از انتخاب کسی که آنها را رهبری کند عاجز باشند. پس اگر به عهد خود پایدار بود از او تبعیت کنند و اگر عدول از عهد کرد او را بکشند. طلحه گفت چه می‌شد اگر می‌گفتی چنانچه به بی‌راهه رفت عزلش کنند. جواب داد: خیر قتل وی برای کسی‌که بعد از او انتخاب می‌شود عبرت‌آمیزتر است.[4]

ابوبکر اجازه داد که از وی قصاص شود و به مردم گفت عنداللزوم رهبران را نیز قصاص کنند. عمربن‌خطاب هم، چنین کرد و حتی شدیدتر و اجازه داد که بیش از یک بار قصاص

---

۱. *زادالمعاد*، ج ۱، ص ۵۹.

۲. *تاریخ ابن اثیر*، ج ۲، ص ۱۵۴.

۳. *همان*، ج ۲، ص ۱۶۰.

۴. *همان*، ج ۳، ص ۳۰.

شود[۱] و وقتی علت آن را پرسیدند، جواب داد که دیدم رسول خدا اجازه داد تا او را قصاص کنند، و ابوبکر هم چنین اجازه‌ای را داد و من نیز اجازه می‌دهم تا از من قصاص شود.[۲]

از مواردی که حساسیت عمر را نسبت به این موضوع نشان می‌دهد آن است که، روزی مردی را تنبیه کرد. مضروب گفت: من از دو حال بیرون نبودم؛ یا انسانی جاهل به حکم هستم که حالا آن را می‌فهمم و یا نسبت به موضوع جهل داشتم و خطاکار بودم و در هر حال نباید تنبیه می‌شدم و کتک می‌خوردم. عمر گفت: راست گفتی، حق با توست، قصاص کن.[۳]

عمر والیانش را شخصاً مؤاخذه می‌کرد، فرمان‌داری نبود که بر رعیت ستم روا دارد و عمر به نفع مظلوم، فرمان‌دار را قصاص نکند. او، این اصل را در مراسم حج اعلام کرد. از فرمان‌داران شهرها خواست در مراسم حج هم‌راه او باشند، وقتی گرد آمدند، خطاب به آنان و مردم حاضر گفت: ای مردم من عوامل خود را برای آن که شما را تازیانه بزنند یا اموالتان را بگیرند بر شما نگمارده‌ام، بلکه بدین منظور فرستاده‌ام که دینتان را بر شما بیاموزند و سنت پیامبرتان را بر شما آموزش دهند هر یک از آنها که دست به کار دیگری زده‌اند به من بگویید، قسم به خدایی که جان عمر در دست اوست، مجازات می‌کنم. عمروبن عاص از جایش پرید و گفت: یا امیرالمؤمنین اگر مردی مسئول عده‌ای باشد و بعضی از زیردستانش را ادب کند او را هم مجازات می‌دهید؟ جواب داد: البته، قسم به خداوندی که جان عمر در دست اوست در این صورت او را قصاص می‌کنم، چطور می‌توانم قصاص نکنم! پیامبر (ص) را دیدم که خود را قصاص می‌کرد.[۴]

روش معمول در شریعت این بود که شاهان و خلفا و فرمان‌داران در محضر قاضی عمومی و به طریق معمولی محاکمه می‌شدند. این علی‌بن‌ابیطالب (ع) است که در دوران خلافتش زره‌اش مفقود می‌شود و آن را در دست یک یهودی می‌بینند که مدعی مالکیت آن است، شکایت پیش قاضی می‌برد، و دادگاه به نفع یهودی و به زیان علی (ع) حکم می‌دهد. مغیره والی کوفه به زنا متهم و به شیوه‌ی معمولی در مورد اتهام انتسابی محاکمه می‌شود. در تاریخ آمده است که مأمون خلیفه‌ی مسلمین با مردی در حضور یحیی‌بن‌اکثم قاضی بغداد، پرونده داشت، وقتی مأمون به محکمه داخل شد، خادم وی فرشی را برای نشستن خلیفه به محکمه آورد، یحیی اجازه نداد که خلیفه بر یکی از اتباع خود امتیاز داشته باشد و گفت: ای امیرالمؤمنین به زیان طرف دعوی، در دادگاه از موضع شرافت و برتری برخورد مکن. مأمون

---

۱. ابن جوزی، *سیره‌ی عمربن‌خطاب*، ص ۱۱۳ تا ۱۱۵.
۲. *الام*، ج ۶، ص ۴۴.
۳. *الخراج* ابویوسف، ص ۶۵.
۴. *تاریخ ابن اثیر*، ج ۳، ص ۲۰۸؛ کتاب *الخراج* ابویوسف، ص ۶۶.

شرمنده شد و دستور داد برای طرف دعوی نیز فرشی بگسترند. برخی از خصومت‌ها که میان خلیفه و والیان و میان افراد عادی رخ می‌داد صرفاً از طریق شرعی رسیدگی می‌شد که به آن "حکمیت" گفته می‌شود؛ آن گونه که عمربن‌خطاب عمل کرد. عمر اسبی را از مردی از باب "اخذ بالسوم" گرفت بر پشت آن بارگذاشت و اسب هلاک شد. صاحب اسب، مال خود را از عمر مطالبه کرد، عمر گفت: شخصی را به داوری انتخاب کن، آن مرد گفت به داوری شریح راضی هستم، شریح به عمر گفت: اسب را صحیح و سالم گرفته بودی و باید صحیح و سالم به صاحبش مسترد می‌کردی، این حکم که به زیان عمر صادر شد، عاملی بود که عمر، شریح را به عنوان قاضی انتخاب کرد.

فقهای شریعت برای امام یا رئیس دولت قایل به ویژگی‌هایی هستند که در هر شخص معمولی یافت نمی‌شود با این حال او را در مقابل قانون مانند سایر مردم می‌دانند و بر او امتیاز دیگری قایل نیستند. این مسئله در مورد والیان و حاکمان و پادشاهان و فرمان‌دارانی که تحت امر یک خلیفه هستند و قدرت خود را از او می‌گیرند، اتفاقی است ولی در مورد رهبری که شخص اوّل است و بالاتر از او مقامی نیست، دو نظر ابراز شده است:

نظریه‌ی اول: این نظر را ابوحنیفه ارائه کرده است و می‌گوید: هر عملی که امام اوّل مرتکب شود و مستوجب حد باشد، مانند زنا و شرب خمر و قذف فقط به قصاص و اخذ دیه کیفر می‌بیند. پس اگر کسی را بکشد یا مال انسانی را تلف کند، مؤاخذ می‌شود زیرا حد از حقوق‌الله است و خود او مکلف به اقامه‌ی حد است و مشکل است که بر خود حد جاری کند. زیرا اقامه‌ی حد از باب عبرت‌آموزی و سرافکندگی است و کسی با خود چنین نمی‌کند و هیچ کس بر امام اوّل ولایت ندارد تا استیفای حد کند، دیگر آن که فایده‌ی وجوب حد، استیفای آن است و زمانی که استیفا متعذر باشد، حد واجب نمی‌شود، به خلاف حقوق افراد مانند قصاص و ضمانت در مقابل خسارت‌های مالی، زیرا حق استیفای آنها از آن کسی است که ذی حق است در این مورد امام مانند سایر افراد است و اگر ذی حق در استیفای حقش به کمک احتیاج داشته باشد، مسلمانان یاور او هستند و به کمک آنان می‌تواند حقوق خود را بگیرد و به این ترتیب قصاص و دیه ثمربخش خواهد بود.[۱]

به طور خلاصه، امام و رهبر اوّل جامعه به سبب جرایم عمومی و حقوق‌الله مجازات نمی‌شود، البته این امر بدان معنا نیست که از مجازات معاف است بلکه به این اعتبار است که اقامه و تحمیل مجازات بر او متعذر است. زیرا او بر دیگران ولایت دارد و کسی بالای دست او نیست تا اقامه‌ی کیفر کند. دیگر این که امام حق دارد در این قبیل جرایم رأی به مجازات

---

۱. شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۶۰ و ۱۶۱؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۲۰؛ *الزیلعی*، ج ۳، ص ۱۸۷.

دهد و اشخاص دیگر این حق را ندارند؛ هرچند شرعاً این جرایم مشمول مجازات هستند، ولی ولایت امام در اجرای آنها، مانع از آن می‌شود که خود او در صورت ارتکاب، کیفر ببیند چون معقول نیست که امام با اعمال حد بر نفس خویش، سبب سرافکندگی و عبرت خود گردد. هرگاه اعمال مجازات محال باشد، وجوب هم از میان می‌رود و امر واجب هم، چنانچه ممتنع گردد، واجب شمرده نمی‌شود.

بنابر این از نظر ابوحنیفه، فعل حرام، حرمتش کماکان برقرار است و تنها از آن جهت که اعمال مجازات مقدور نیست، مجازات نمی‌شود، در نتیجه اگر امام مرتکب زنای محصن گردد، و فرد دیگری او را به قتل برساند، به اعتبار قتل، کیفر نمی‌بیند زیرا شخصی را به قتل رسانیده است که سزاوار قتل بود،[1] زیرا زنای محصنه مستوجب اعدام است و چون مجازات زنا از حدود به شمار می‌آید و در این مجازات، تأخیر و عفو جایز نیست، بنابر این، کشتن زانی محصن، به عنوان زدودن منکری از دامن جامعه و اجرای حدودالله ضرورت دارد. در نتیجه کسی که زناکار محصن را می‌کشد در حقیقت به تکلیف خود عمل می‌کند و از این رو، قاتل به حساب نمی‌آید.

اما در جرایم علیه اشخاص، مانند قتل و ایراد جرح به نظر ابوحنیفه، امام اوّل مورد بازخواست قرار می‌گیرد و مجازات می‌شود، زیرا حق استیفای مجازات این قبیل جرایم، در اصل، حق او نیست بلکه این حق از آن مجنی‌علیهم و اولیای آنان است. اگر در این جرایم اعمال مجازات می‌کند به عنوان نیابت از اشخاص و به منظور جلوگیری از ستم و اضرار به غیر است. در نتیجه اگر امام به یکی از این جرایم دست یازد، صاحبان اصلی حق استیفای کیفر، می‌توانند با استعانت از جامعه و سیستم قضایی، آن را اعمال کنند، و چنانچه از مسیر غیر قضایی هم استیفا نمایند، بر آنها حرجی نخواهد بود، زیرا کاری کرده‌اند که محق بودند.[2]

چنانچه امام اوّل به نیابت از خود شخصی را در کلیه‌ی جرایم به قضاوت بگمارد این شخص می‌تواند امام اوّل را در مورد هر جرمی اعم از آن که حق‌الله باشد یا حق‌الناس، مجازات کند[3] در نتیجه اگر اعمال احکام شریعت در اختیار محاکم عدلیه گذاشته شود، می‌توانند امام و رهبر جامعه را نیز کیفر دهند.

نظریه‌ی ابوحنیفه پایه‌ی ضعیفی دارد، زیرا امام کسی جز نماینده‌ی جامعه نیست و مخاطب شریعت اسلام جامعه و مردمند، نه امام، و این جامعه است که امام را برای

---

۱. *حاشیة الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۶۰.
۲. شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۱۶۱.
۳. *منابع پیشین*

برپا داشتن احکام شریعت و رعایت مصلحت جامعه انتخاب می‌کند؛ تا اگر یکی از افراد جامعه دست به ارتکاب جرم بزند، امام بتواند به اعتبار این که نماینده‌ی جامعه در این امور است او را کیفر دهد پس اگر وی مرتکب جرم شود، حق اعمال مجازات بر جامعه باقی است و چون در این حالت بر نمایندگی از جامعه صلاحیت هم ندارد، کیفر می‌بیند.

نظریه‌ی دوم: بنابر این نظر که از آنِ مالک و شافعی و احمد است میان جرایم تفاوت نیست و امام در مقابل هر جرمی که مرتکب شود، اعم از آن که از حق‌الله به حساب آید یا از حق‌الناس، مسئول است. زیرا احکام شریعت کلی و عام هستند و ارتکاب جرایم نسبت به هر کسی از جمله امام، ممنوع است و هرکس آنها را انجام دهد از جمله امام، کیفر خواهد دید. این فقها برعکس ابوحنیفه، به امکان اعمال مجازات توجه نمی‌کنند زیرا اعمال مجازات فقط حق امام نیست، بلکه او و جانشینانش این حق را دارند و چنانچه مرتکب جرم شود و به تحمل مجازات محکوم، یکی از کسانی را که وی منصوب کرده است و حق دارد مجازات را اعمال کند، به اجرای حکم مبادرت خواهد کرد.[۱]

فقها فقط به بررسی نحوه‌ی مجازات رهبر و امام اوّل جامعه در صورت ارتکاب بزه اکتفا نمی‌کنند، بلکه در این باره که آیا در اثر اتکاب بزه از امامت عزل می‌شود یا خیر نیز بحث می‌کنند، به عقیده‌ی برخی از آنان چنانچه امام در جهت امیال شهوانی و پیروی از هوای نفس دست به ارتکاب جرم بزند از امامت منعزل است زیرا عمل‌کرد وی مانع از ادامه‌ی امامت او می‌گردد.[۲]

۲۳۸. رؤسای دول بیگانه: از آنجا که در شریعت، رئیس اوّل دولت اسلامی در مقابل ارتکاب بزه مصونیت ندارد، به طریق اولی، رئیس دولت اجنبی نیز مصون نخواهد بود.[۳] در نتیجه، احکام شریعت نیز مشمول رؤسای دول خارجی و اعضای هیئت هم‌راه طی اقامتشان در دار اسلام می‌شود، و چنانچه به هر جرمی دست بزنند، کیفر آن را می‌بینند؛ حتی نظر ابوحنیفه

---

۱. *المدونه*، ج ۱۶، ص ۵۷؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۲، ۲۹۶ و ۲۹۷؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۴۴ و ۲۴۵؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۴۲، ۳۴۳ و ۳۸۲؛ *المهذب*، ج ۳، ص ۱۸۹؛ *الام*، ج ۶، ص ۳۶؛ *فقه‌القرآن و السنه*، ص ۹۷.

۲. ماوردی، *الاحکام‌السلطانیه*، ج ۴، ص ۱۱۱.

۳. مقصود از دول بیگانه، دولت‌هایی هستند که در دارحرب حکومت دارند و الا هیچ یک از دول اسلامی نسبت به هم‌دیگر بیگانه به حساب نمی‌آیند و قواعد شرعی اجازه نمی‌دهد که رؤسای دول اسلامی از مجازات جرایمی که در هر یک از کشورهای اسلامی دیگر مرتکب می‌شوند، معاف شوند، بلکه مجازات آنان در کشور محل وقوع بزه و هر مکان دیگری از دار اسلام مقدور است. آنان با جرایمی که در دارحرب مرتکب می‌شوند، به تفصیلی که در شماره‌ی ۲۱۸ بیان شد، کیفر می‌بینند.

هم که امام اوّل جامعه را در خصوص جرایم عمومی مجازات‌ناپذیر می‌داند به حال رؤسای دول خارجی مفید نخواهد بود، زیرا این رأی بر آن است که امام نمی‌تواند بر نفس خویش کیفر دهد و برای مثال، محکوم‌علیه امام نیست که اعمال مجازات مقدور نباشد بلکه بر غیر او بوده و بنابر این، اعمال مجازات مقدور است.

البته رؤسای دول بیگانه و اعضای هیئت هم‌راه ممکن است از نظریه‌ی فقهی ابوحنیفه در مورد شمول احکام شریعت نسبت به مستأمن بهره‌مند گردند. چون اینان در دار اسلام مستأمن به حساب می‌آیند و مستأمن فقط در خصوص جرایم علیه اشخاص مجازات می‌شود و نه در خصوص جرایم عمومی. قبلاً مطلع شدیم که ابویوسف در این مسئله با ابوحنیفه مخالف است و مانند سایر ائمه معتقد است که مستأمن در مقابل هر جرمی که در دار اسلام مرتکب شود، مجازات‌شدنی است.[1]

۲۳۹. اعضای نمایندگی‌های سیاسی: نمایندگان سیاسی در صورت ارتکاب جرم، خواه از جرایمی باشد که حیثیت عمومی دارند، یا از جرایم علیه اشخاص، مشمول قوانین جزائی اسلام هستند. در اسلام قاعده‌ای نیست که اجازه دهد نمایندگان سیاسی از مجازات معاف باشند، مگر آن که نظریه‌ی ابوحنیفه درباره‌ی مستأمن، ملاک عمل قرار بگیرد که به موجب آن، مستأمن فقط در صورت ارتکاب یکی از جرایم علیه اشخاص، کیفر می‌بیند.

بدیهی است منظور از نمایندگان سیاسی در اینجا کسانی هستند که به اعتبار وابستگی و نمایندگی از دول محارب، مستأمن شمرده می‌شوند و مسلمان هم نیستند، اما مسلمانانی که نماینده‌ی دولت غیراسلامی یا اسلامی در دار اسلام شمرده می‌شوند، در هر حال مستأمن به حساب نمی‌آیند و حکم آنها مانند حکم هر شخص مسلمانی است که در دار اسلام مقیم باشد.

قابل مجازات بودن نمایندگان سیاسی، برای شریعت اسلام، مادامی‌که میان آنها و سایر اتباعش تفاوت نمی‌گذارد و آنان را در حکم رئیس دولت می‌شناسد، عیب و ایراد محسوب نمی‌شود. ایراد در قوانین وضعی است که به استدلال حمایت از نمایندگان سیاسی به بهانه‌ی حسن ادای وظیفه، منجر به جدایی آنها از دیگران می‌شود. زیرا نماینده‌ی سیاسی که دست به ارتکاب جرم بزند، شایسته‌ی حمایت نیست و برای ادای وظایف نمایندگی صلاحیت ندارد. به علاوه، هیچ امری به اندازه‌ی پرهیز نماینده‌ی سیاسی از ارتکاب اعمال ممنوع و مشکوک از او حمایت نمی‌کند. اگر گفته شود که اتهام نماینده‌ی سیاسی ممکن است عامل

---

۱. به شماره‌ی ۲۱۴ به بعد مراجعه شود.

فشار بر او باشد، باید گفت این ترس نابه‌جاست زیرا انواع وسایل فشار که سریع‌تر و آسان‌تر و بهتر از اتهام در این باب به کار می‌آید، فراوان یافت می‌شوند. در نتیجه، ممنوعیت محاکمه‌ی نماینده‌ی سیاسی مانع از اعمال فشار و تأثیر منفی در او نمی‌شود و دلایلی که در توجیه منع محاکمه‌ی نماینده‌ی سیاسی آورده می‌شود، در هر حال ممکن نیست مانع از تعقیب و محاکمه‌ی او شود.

۲۴۰. نمایندگان مجلس: در قواعد شرعی برای اعضای پارلمان در مقابل جرایمی که در مجلس و به هنگام سخن‌رانی مرتکب می‌شوند یا به کسی افترا و تهمت می‌زنند و یا اکاذیبی را نشر می‌دهند، کیفر پیش‌بینی شده است. زیرا در اسلام اجازه داده نمی‌شود که فردی بر فرد دیگر یا گروهی بر گروه دیگر امتیاز داشته باشد و به اعتبار وظیفه یا سمتی که دارد، مجاز به ارتکاب جرم باشد.

برخی گمان کرده‌اند که قوانین وضعی در این زمینه نسبت به اسلام برتری دارند. لیکن اندکی تفکر ما را به قطع و یقین می‌رساند که در این مورد نیز اسلام نسبت به قوانین وضعی، تفوق شگرفی دارد؛ خواه به این مسئله از دید فنی و حقوقی نگریسته شود و یا جهات اجتماعی و اخلاقی قضیه مورد توجه باشد.

قانون وضعی در خصوص جرایم قولی، بر قاعده‌ی نفاق و ریا استوار است و به مجازات راست‌گو و دروغ‌گو توأماً حکم می‌دهد. قاعده‌ی اساسی قوانین وضعی این است که "کسی مجاز نیست دیگری را قذف کند یا دشنام دهد یا عیبش را بازگوید" اگر چنین کند، کیفر می‌بیند؛ خواه در سخنی که گفته است صادق باشد و خواه کاذب.

این قاعده هرچند موجب در امان ماندن بیگناهان از شر گفتارهای کذب دروغ‌پردازان می‌شود، در مقابل، آلوده دامنان، بزه‌کاران و فاسقان نیز مورد حمایت قرار می‌گیرند.

با این قاعده، تفاوت میان انسان پاک‌دامن و گناه کار، بدکردار و نیک‌رفتار از بین می‌رود و مرز میان فضیلت و رذالت از هم می‌گسلد، و در اثر آن، سطح اخلاق جامعه به انحطاط کشیده می‌شود. پاک‌دامن قادر نیست از بزه‌کار انتقاد کند، بزه‌کار در خطا و گناه غوطه می‌خورد و در این کار تا مرحله‌ی نهایی پیش می‌تازد زیرا از مراقبت و یا بازخواست احدی از مردم نمی‌هراسد. در اثر این قاعده، مردم نمی‌توانند اشخاص را با نام و صفت واقعی بخوانند. برکسی که زنا می‌کند، بگویند زناکار و بر کسی که سارق است بگویند سارق، بر کسی که افترا می‌زند بگویند دروغ‌گو؛ اگر بگویند مجازات می‌شوند. زانی و سارق و مفتری علاوه بر حمایت قانون از آنها، به دلیل نسبتی که به آنها داده شده و در واقع هم عین حقیقت است، خسارت نیز می‌گیرند.

بنابر این قاعده، مردم از بیان حق و نهی از منکر محروم می‌شوند و در ضمن مانع از تنزل ارزش گناه‌کار و گناه می‌شود؛ تا ارزش نیکوکار و نیکوکاری اوج گیرد.

قانون‌گذاران مصری به خطرهای این قاعده توجه کرده و چهار حالت را از آن استثنا کرده‌اند:

۱ـ چنانچه از عمل‌کرد کارمندی که کارش جنبه‌ی همگانی دارد یا واجد صفت نمایندگی و یا عهده‌دار خدمات عمومی است انتقاد شود، وقتی اطمینان حاصل شد که منتقد، سوءنیت ندارد و انتقاد از دایره‌ی حدود وظایف کارمندی، یا نمایندگی، یا خدمت همگانی بیرون نیست، این انتقاد قابل تعقیب نخواهد بود به شرط آن که مدعی بتواند آنچه را نسبت می‌دهد ثابت کند.[1] این استثنا، کارمند و نماینده و مسئول خدمت همگانی را وادار می‌سازد که حتی‌المقدور وظیفه‌ی خود را به نحو شایسته‌ای انجام دهد، چون دیگران حق دارند عمل‌کرد آنها را در معرض نقد قرار دهند.

۲ـ در مبارزات انتخاباتی: مادّه‌ی ۶۸ قانون انتخابات اجازه می‌دهد که در مبارزه‌ی انتخاباتی، آنچه در مورد اخلاق و رفتار داوطلب نمایندگی واقعیت دارد گفته شود؛ هرچند بیان آنها در اوضاع و احوال عادی به موجب قانون جرم تلقی شود و ممنوع باشد. این اجازه از آن رو داده شده است که هر نامزد نمایندگی، بتواند آنچه را از رقیب خود می‌داند بر زبان براند؛ تا انتخاب‌کنندگان بتوانند از میان نامزدها کسی را که به حق شایسته‌ی نمایندگی است انتخاب کنند.

۳ـ در جلسات مجلس: به موجب اصل ۱۰۹ قانون اساسی مصر، نمایندگان مجلس به لحاظ افکار و آرائی که در خلال صحبت بروز می‌دهند، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرند. این استثنا از آن رو پذیرفته شده است که نمایندگان بدون ترس و واهمه آنچه را صلاح تشخیص می‌دهند بگویند.

این استثنا با دو مورد اول، این تفاوت را دارد که در آنها منتقد زمانی از کیفر رهایی می‌یابد که درگفتار و نسبتی که داده صادق باشد ولی نماینده‌ی مجلس در هر حال محاکمه و تعقیب نمی‌شود؛ خواه راست بگوید و یا دروغ.

۴ـ در حالت محاکمه و تقاضی: مادّه‌ی ۳۰۹ از قانون جزای مصر صراحت دارد که اصحاب پرونده و وکلای آنان، از کیفر نسبت‌ها و دشنام‌هایی که در مدافعات شفاهی و یا کتبی به هم‌دیگر می‌دهند، معاف هستند و مسئله، نتیجه‌ای جز مسئولیت مدنی یا یک محاکمه‌ی انتظامی در پی ندارد.

---

۱. به مادّه‌ی ۳۰۲ قانون کیفر عمومی مصر مراجعه شود.

ملاحظه می‌شود که در این مورد، مفتری و دشنام‌دهنده به‌دلیل قذف و دشنامی که داده از کیفر معاف است؛ خواه در آنچه گفته یا نسبت داده است صادق باشد و یا کاذب.

قاعده‌ی مقبول قانون جزای مصر همان قاعده‌ای است که عموماً در قوانین وضعی پذیرفته شده است و مستثنیات آن نیز تقریباً در اکثر قوانین وجود دارد.

اشکال فنی مواد قانون جزائی مصر آن است که با هم‌دیگر متناقض و فاقد انسجام هستند از یک طرف اصل اساسی، حمایت از زندگی خصوصی افراد است از طرف دیگر این استثناها زندگی خصوصی و اجتماعی افراد را در معرض خطر قرار می‌دهد. هم‌چنین قاعده‌ی اساسی این است که بیان هر مطلبی که به زیان دیگری است، اعم از آن که راست باشد یا دروغ، ممنوع است و حال آن که برخی از استثناها فقط بیان انتساب صادق را مجاز و برخی هر دو نوع را جایز می‌شمارند. تناقض و درهم‌ریختگی بیش از این مقدار تصورپذیر نیست.

عیب اخلاقی و اجتماعی قانون وضعی در مورد جرایم قولی این است که وقتی از زندگی خصوصی افراد حمایت می‌شود باعث فساد زندگی جمعی می‌گردد. زیرا جامعه از افراد تشکیل می‌یابد، اگر صالح باشند، جامعه‌ی سالم به وجود می‌آید و چون ممکن نیست جامعه‌ای که افرادش فاسد هستند، سالم باشد، بدون تردید حمایت از زندگی خصوصی چنین افرادی سبب فساد و مرگ ارزش‌های اخلاقی می‌گردد. هر کسی بخواهد از این افراد پیش از آن که فسادهای اخلاقی را کنار بگذارند، جامعه‌ی سالم بنا کند، مانند کسی است که بخواهد از خشت‌های گلین، کاخی بنا نهد. بدیهی است چنین بنایی قبل از اتمام از پایه فرو می‌ریزد.

قاعده‌ی شرعی جرایم قولی بر تحریم کذب و افترا استوار است و در هر حال راست‌گفتن را مباح می‌شمارد. از این رو اگر کسی حق بگوید، مجازات ندارد و بر کسی که اشیا و اشخاص را با نام و صفت واقعی بخواند، مؤاخذه نیست؛ یعنی کسی که به زناکار بگوید: ای زانی ــ اگر بتواند زناکار بودن او را ثابت کند ــ گناهی نیست. هم‌چنین است کسی که بر سارق و کاذب، دزد و دروغ‌گو خطاب می‌کند.

این قاعده هیچ استثنایی ندارد، هر شهروندی می‌تواند عمل‌کرد مأموران، نمایندگان و مسئولان به خدمات عمومی را مورد انتقاد قرار دهد و عیوب آنها را در صورتی که بتواند اثبات کند برشمارد، و نیز حق دارد از زندگی خصوصی آنان با توجه به اعمال و رفتارشان در زندگی اداری انتقاد کند. آنها حق ندارند از بیان عیوب و ایراداتی که در شخصیت و رفتارشان موجود است خود را متضرر بدانند و جبران آن را خواستار شوند.

در اسلام از جایگاه و موقعیت شغلی مسئولان اداره‌ی امور مردم و کسانی که در حکم آنانند حمایت نمی‌شود زیرا از نفاق و ریا و دروغ تبرّی جسته می‌شود، به علاوه، کسی که قادر نباشد در عرصه‌ی خصوصی‌اش حسن رفتار داشته باشد از نظر اسلام، شایستگی اشغال و تصدی اداره‌ی امور مردم را ندارد.

هر کسی خواه در زمان انتخابات یا در سایر اوقات می‌تواند به کسی که نیکوکار و خوب است بگوید فلانی نیکوکار است و به کسی که بدکاره است، بگوید فلانی بزه‌کار است به شرط آن که بتواند بزه‌کاری وی را ثابت کند. هر کسی اعم از آن که نماینده‌ی مجلس باشد یا نباشد و یا اساساً درگروه‌های اجتماعی عضویت نداشته باشد، حق دارد آنچه را مایل است، به شرط آن که بتواند اثبات کند بر دیگران نسبت دهد. در اسلام چنین حکمی وجود ندارد که در زمان انتخابات، بیان واقعیات مجاز و در سایر اوقات ممنوع باشد. زیرا راست‌گویی همیشه واجب است و در هیچ وضع و حال یا موقعیت زمانی عمل به آن ممنوع نیست.

اسلام مانند قوانین عرفی برای نمایندگان مجلس و اصحاب دعوی، موقعیت ویژه‌ای قایل نیست که راست‌گویی و دروغ‌گویی برایشان جایز باشد. زیرا این وضع، سبب قرارگرفتن راست و دروغ در یک موقعیت می‌شود. از نظر این مکتب، راست‌گویی همیشه واجب و دروغ‌گویی همیشه ممنوع است و دو حکم متناقض در یک مورد جمع نمی‌شود. به علاوه، نمایندگان مجلس اهل مشاوره و صاحب رأی هستند اگر مجاز باشند که دروغ بگویند و از مجازاتش نهراسند، گمان می‌رود که در "ورطه‌ی دروغ" قرار گرفته باشند. آیا رأی و مشاوره‌ی گروهی که احتمال می‌رود در هر حال راست‌گو نباشند فاقد ارزش نیست؟ به‌علاوه، در اسلام طرف‌داری از برابری و مساوات مردم در مقابل احکام یک اصل است و امتیاز قایل شدن به نمایندگان مجلس و اصحاب پرونده، عدول از آن اصل تلقی می‌گردد.

قاعده‌ی حقوق در اسلام در مورد جرایم قولی بر راست‌گویی و حرمت دروغ‌گویی و نیز بر مساوات و منطق و اخلاق حسنه استوار و هدفش اصلاح جامعه و تقویت آن، تشویق و تشجیع نیکوکار و قلع و قمع بزه‌کار و تربیت افراد براساس اخلاق نیکو، و بالا بردن سطح اخلاقی جامعه است. تفاوت این قاعده با همه‌ی اقتدار و صلاحیتش با قاعده‌ی مقبول قوانین وضعی با همه‌ی ضعف و سستی‌اش بسیار زیاد است.

۲۴۱. ثروتمندان و فقرا: در اسلام ثروتمند و فقیر یکسان هستند. در قواعد شریعت این اجازه داده نشده است که ثروتمند از ثروتش سوءاستفاده کند؛ یا فقیر به سبب فقرش زیان ببیند. لذا در موردی که مجازات تعیین می‌شود، تودیع ضمان مالی یا معرفی کفیل مالی اجازه داده نشده است زیرا نظامی است که بر مساوات استوار گردیده است.

آنچه در شریعت شهرت دارد، نظام کفالت از تن شخص است و در حالتی که مدیون به سبب عجز از تأدیه‌ی دیِن زندانی می‌شود، اعمال می‌گردد. یک چنین زندانی می‌تواند با معرفی کفیل آزاد شود. بلاشک هر شخصی که به لحاظ بده‌کاری زندانی شده است می‌تواند شخصی را پیدا کند که از تن او کفالت نماید، زیرا مدیون زمانی زندانی می‌شود که به رغم قادر بودن به پرداخت دین آن را نپردازد. البته ممکن است هر زندانی نتواند فوراً مقداری از بدهی‌اش را بپردازد. در موردی که متهم به سبب تکمیل تحقیقات و جمع‌آوری دلایل برای محاکمه زندانی می‌شود، این زندان به عقیده‌ی برخی از فقها نوعی از تعزیر است؛ یعنی مجازاتی است که توجه اتهام به متهم آن را اقتضا می‌کند. اگر این نوع از حبس کیفر تلقی شود، ممکن نیست که متهم با کفالت شخصی آزاد شود، زیرا در مجازات، کفالت مقبول نیست. به عقیده‌ی برخی دیگر از فقها در این حالت، حبس، توقیف احتیاطی[1] است و مجازات به حساب نمی‌آید. اگر چنین باشد، کفالت شخصی مقدور است. تردید نیست هر کسی که بنابر احتیاط توقیف شود، می‌تواند با معرفی ضامن تا تکمیل تحقیقات آزاد بماند ولی همه‌ی زندانیان نمی‌توانند ضمانت مالی بدهند؛ اعم از آن که این حبس را تعزیری یا توقیف احتیاطی قلمداد کنیم، قبول کفالت از تن وی و عدم آن، براساس رعایت مساوات کامل میان افراد است.

۲۴۲. افراد سرشناس جامعه: اسلام قایل به تفاوت میان افراد نیست. در شریعت، انسان‌ها برابرند، پس حاکم و محکوم، شریف و حقیر، قوی و ضعیف، سرشناس و گم‌نام یکسانند، خداوند بر حضرت رسول (ص) سخت خشمگین شد زیرا وی به امر ره‌بران قریش، پیشتر از آن که به کار یک مرد نابینا به نام ابن مکتوم بپردازد به امور عمروبن قیس اهتمام ورزید. این مرد نزد حضرت رسول آمد و از او خواست تا از آنچه خداوند آموخته است به وی بیاموزد و پیامبر در میان رؤسای قریش و بزرگان آن نشسته بود و از رسالت خود صحبت می‌کرد و مایل نبود که ابن مکتوم سخنش را قطع کند و این ناخشنودی در چهره‌اش آشکار شد و از ابن مکتوم روی برتافت و درصدد دلجویی از قریش برآمد. خداوند در این باره می‌فرماید: «عبوس و ترشرو گشت چون آن مرد نابینا حضورش آمد و تو چه می‌دانی، ممکن است او مردی پارسا و پاکیزه صفات باشد، یا به یاد خدا آید ذکر حق او را سودمند افتد، اما آن که دارا (و مغرور) دنیاست تو ای رسول به او توجه کنی؟ و حریص بر ایمان او باشی و بر تو

---

۱. *المدونة‌الکبری*، ج ۱۶، ص ۱۴، ۱۷ و ۱۸؛ *المبسوط* سرخسی، ج ۲۶، ص ۱۰۶؛ شرح *فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۱۷؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۸۴.

تکلیفی نیست که اگر به پارسایی نپردازد و اما آن کس که به سوی تو می‌شتابد و مرد خداترس و با تقواییست تو از توجه به او خودداری می‌کنی؟» (عبس، ۱۰ـ۱).

پیامبر (ص) بر رعایت اصل مساوات و عدم امتیاز میان افراد، کاملاً حریص بود. روزی زنی از اشراف قریش مرتکب سرقت گردید، مردم مطلع شدند که پیامبر قصد دارد دست وی را قطع کند. این موضوع بر آنان بسیار گران آمد و با پیامبر به مکالمه و جدل پرداختند. فرمود: چرا در اجرای حدی از حدود الله با من پرچانگی می‌کنید که می‌خواهم آن را درباره‌ی زنی از بندگان خدا اجرا کنم؟ قسم به خداوندی که جان محمد در قبضه‌ی اوست، اگر سارق، فاطمه دختر محمد بود، محمد دست او را می‌برید.[1]

بنده‌ای از افراد معمولی، از عبدالرحمن‌بن‌عوف که از بزرگان صحابه بود نزد حضرت رسول شکایت کرد، عبدالرحمن خشمگین شد و به برده با این عبارت اهانت کرد که: ای پسر زن سیاه. پیامبر شدیداً غضبناک شد و دستش را بالا برد و گفت: «پسر زن سفیدپوست بر سیاه‌پوست هیچ تسلطی ندارد، مگر آن که قانوناً این حق را داشته باشد». عبدالرحمن شرمگین شد و درصدد برآمد که آشکارا از "برده" عذرخواهی کند و دلش را به دست آورد، صورتش را بر خاک نهاد و به وی گفت، پایت را به صورتم بگذار تا راضی شوی.

همه‌ی ما داستان جبلةبن‌ایهیم را شنیده‌ایم. یک اعرابی در هنگام طواف کفش او را لگد کرد، جبله به او سیلی زد، اعرابی نزد عمربن‌خطاب از جبله شکایت کرد. عمر دستور داد قصاص کند این امر بر جبله که از اشراف بود سنگین آمد، فرار کرد و به دولت روم پناهنده شد و نصرانی گشت بعدها پشیمان شد و شعر مشهورش را سرود:

به سبب یک سیلی به اشرافیت مسیحی روی آوردم، اگر به تحمل آن صبر می‌کردم بی‌ضرر بود.

عمربن‌خطاب در رعایت تساوی میان اشراف و مردم عادی اصرار زیادی داشت و از او در این باره قضایای مشهوری نقل شده است.[2]

قاعده در شریعت این است که در دعاوی مطالبه‌ی خسارت، شخصیت مجنی‌علیه، موقعیت یا ثروت او مورد توجه قرار نمی‌گیرد، بلکه خسارت به میزانی خواهد بود که از عمل زیان‌آور ناشی گردیده است. پس اگر مقتول، شریف یا انسان حقیری باشد، دیه یکسانی خواهد داشت و اگر کارمند شرکت و مدیر آن در حادثه‌ای صدمه ببینند و هر دو به یک اندازه صدمه دیده باشند، مثلاً هر یک از آنها بازو یا انگشت خود را از دست بدهند، معادل هم خسارت می‌گیرند.

---

۱. کتاب *الخراج* ابویوسف، ص ۵۰.

۲. به *سیره‌ی عمربن‌خطاب* ابن جوزی، از ص ۹۵ الی ۱۰۰ مراجعه کنید.

۲۴۳. مسلمانان و اهل ذمّه: در احکام شریعت در موارد تساوی، مسلمانان با ذمی‌ها، یکسان هستند. اما در موارد اختلافی، عمل بر این روال نیست. زیرا در این حالت رعایت اصل مساوات باعث اعمال ستم بر ذمی‌ها می‌گردد. ذمی‌ها فقط در مسائل اعتقادی از مسلمانان جدا می‌شوند و لذا در آنچه ناظر به عقیده است، مساوات موجود نیست، در واقع هم‌چنان که رعایت مساوات میان دو چیز برابر، عین عدالت است، رعایت آن میان دو چیز مختلف، عین ستم خواهد بود. نه تنها نمی‌توان این مورد را در اصل مساوات، یک استثنا به حساب آورد، بلکه خود تأکیدی است بر آن اصل؛ زیرا مقصود تحقق عدالت است و اگر مسلمانان با ذمی‌ها در آنچه ناظر به مسائل اعتقادی است یکسان شمرده شوند، تحقق عدالت ممکن نخواهد بود. زیرا در این صورت، مسلمانان به اموری وادار می‌شوند که با عقیده‌شان سازگار است ولی ذمی‌ها به اموری موظف می‌گردند که با عقایدشان سازگار نیست، به عبارت دیگر، معنای سخن فوق آن است که مسلمانان نباید در مسائل اعتقادی مورد تعرض قرار گیرند ولی ذمی‌ها مجبور شوند، دین دیگری غیر از معتقدات خود را بپذیرند و از آن گذشته در صورت اجرای چنین مساواتی، قواعد کلی شرعی که می‌گوید ذمی‌ها در اعتقادات دینی آزادند زیر پا گذاشته شده و به حکم صریح قرآن عمل نگردیده است: «لا اکراه فی الدین» (بقره، ۲۵۶).

جرایمی که شریعت در مورد آنها بین مسلمانان و ذمی‌ها تفاوت می‌گذارد، آنهایی است که مبنای دینی دارند، مانند شرب خمر و خوردن گوشت خوک. اسلام شرب خمر و خوردن گوشت خوک را حرام می‌داند و عادلانه خواهد بود که این حرمت درباره‌ی مسلمانی که به دین خود پای‌بند است اجرا شود ولی دور از عدل است که آن را بر کسی که به لحاظ اعتقاد دینی برایش حرام نیست، حرام بدانیم. اگر قاعده‌ی برابری مردم در مقابل قانون کورکورانه رعایت می‌شد، ذمی‌ها به سبب اعمالی که از نظر دینی حرام نیستند مورد مؤاخذه قرار می‌گرفتند. این کار ظلم آشکاری است. پس آنچه اسلام پذیرفته عین عدالت است که شرب خمر و خوردن گوشت خوک را فقط بر مسلمانان حرام دانسته است. پس اگر مسلمان، خمر بنوشد، یا گوشت خوک بخورد، مرتکب بزه، قابل تعقیب است، اما برای ذمی، خوردن آنها حرام نیست.

ذمی‌ها در مقابل اعمالی که به موجب اعتقاد دینی آنان حرام است و یا از نظر آنها زشت شمرده می‌شوند و ارتکاب آن اعمال باعث فساد اخلاق در جامعه شود و عفت عمومی را جریحه‌دار کند، مجازات می‌شوند، مثلاً از نظر آنان، شرب خمر حرام نیست ولی مستی و تظاهرات مستانه ممنوع یا حداقل مذموم و ناپسند است، گذشته از آن که اخلاق عمومی را

هم فاسد می‌کند. لذا ذمی فقط به اعتبار مستی و تظاهرات مستانه کیفر می‌بیند و نه به سبب شرب مسکر. پس اگر یک نفر ذمی شراب بنوشد و مست نشود، مجازات ندارد ولی اگر مست شد و به تظاهرات مستانه دست زد، کیفر می‌بیند. اسلام روزه گرفتن را بر مسلمان واجب ساخته و روزه‌خواری را گناه شمرده است. تظاهر به روزه‌خواری نیز گناه است و فقط مسلمان را به لحاظ روزه‌خواری قابل مجازات می‌داند. زیرا آنان به موجب اعتقاد دینی به روزه داشتن ملزم هستند ولی غیر مسلمان مکلف نیست روزه بدارد، زیرا بدان اعتقاد ندارد. اگر غیرمسلمان برای نگرفتن روزه مجازات شود مورد ستم قرار گرفته، مجبور به عملی می‌گردد که بدان اعتقاد ندارد و در دین، اجبار نیست «لا اکراه فی الدین». اما در صورت تظاهر به روزه‌خواری، مسلمان و ذمی هر دو کیفر می‌بینند، زیرا ذمی به احکام اسلام ملتزم است و باید از هر عملی که برخلاف شعایر اسلامی و عواطف مسلمانان است خودداری نماید. بدون تردید تا این حد از نظارت بر خود که به روزه‌خواری تظاهر نکند مختار است و با اعتقاد دینی‌اش نیز منافات ندارد، و چون تظاهر به روزه‌خواری با سنت روزه‌داری و احساسات روزه‌داران متناقض است لذا ذمی به سبب این عمل کیفر خواهد شد. لکن اگر تظاهر نکند، کیفر نمی‌بیند.

۲۴۴. امتیاز اسلام: نتیجه‌ی تفکیک میان مسلمانان و ذمی‌ها در شمول مقررات جزائی، تقسیم جرایم بر دو گونه است: یک قسم، جرایم عمومی که اگر هر یک ازساکنان قلمرو اسلامی آنها را مرتکب شوند، مجازات می‌بینند و قسم دیگر جرایم خاص هستند که ارتکاب آن از سوی مسلمین جرم محسوب شده و قابل مجازات است. پایه و اساس این بخش از جرایم، احکام دین است.

تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد، در میان قوانین وضعی، قانونی پیدا نمی‌شود که در این باب از شیوه‌ی اسلام تبعیت نکرده باشد. برخی از جرایم، عام هستند و هر یک از شهروندان آن را انجام دهند مجازات می‌شوند و برخی از جرایم فقط نسبت به برخی از اتباع جرم به حساب می‌آیند. در قوانین، اساس تفکیک فوق، اعتقاد دینی شهروندان نیست بلکه عوامل دیگری ملحوظ است.

در اسلام این شیوه برای تحقق عدالت و حفظ آزادی عقیده و پاس‌داری از نظام که همان اسلام است اتخاذ گردیده است. اما در قوانین عرفی این عامل، باعث اتخاذ روش تفکیک نیست؛ زیرا قوانین به طور کلی از مسائلی که به اعتقاد دینی و اخلاق ارتباط دارند، خالی است و به تحریم آنچه به زیان منافع مادی اشخاص، یا امنیت عمومی، یا نظام حکومتی

است، اکتفا می‌شود. شیوه‌ای که در قوانین اتخاذ شده است به فساد اخلاق و شیوع هرج و مرج و رهایی از تمام قیدوبندها منجر گشته و در مردم روح تمرد و سرکشی و استعداد زیرپاگذاشتن قانون و سبک شمردن آن را به وجود آورده است و در نتیجه آن شورش‌ها و انقلابات رو به فزونی نهاده‌اند و هر از گاهی نظام‌های حکومتی عوض می‌شوند و با این همه نظام جدید نیز به راه نظام پیشین می‌رود.

قانون‌گذاران بدین دلیل در این خطای بزرگ گرفتار شده‌اند که برای تحقق عدالت و رعایت آزادی عقیده وسیله‌ای نیافته‌اند جز آن که قوانین وضعی را در امور مربوط به عقاید و اخلاق ادیان مسکوت بگذارند. این امر باعث حصول نتایج حزن‌انگیز گشته است. اگر آنان از شیوه‌ی شریعت اسلام تبعیت می‌کردند تحقق اصول مورد نظر آنان تضمین و از بروز نتایج زیان‌بار و حزن‌انگیز جلوگیری می‌شد.

شاید عذر و بهانه‌ی قانون‌گذاران جدید این باشد که پیش از انقلاب کبیر فرانسه، قوانین براساس مذهب و اعتقاد طبقه‌ی حاکم استوار بود نه براساس مذهب و عقیده‌ی عموم مردم. صاحبان عقیده و مذهب مخالف، مجبور بودند مطابق قانونی عمل کنند که بر مبنای مذهب حاکمان بر آنان تحمیل شده بود. این شیوه باعث بروز کینه‌توزی و عدالت میان افراد یک ملت می‌شد و سبب خون‌ریزی‌ها و کشتارهای متعدد می‌گشت. این وضع به عنوان یک انگیزه‌ی بسیار جدی و نیرومند، قانون‌گذاران جدید را بر آن داشت که در قوانین جدید، مذهب را کلاً به کنار نهند. لیکن چنانکه گفته شد، نتایج سوء حاصل از این چاره‌جویی کمتر از وضع پیشین نیست، به گمان نویسنده، چاره‌اندیشی موفق همان شیوه‌ای است که اسلام اتخاذ کرده است. زیرا هم باعث حفظ اصول آزادی عقیده و برابری افراد در مقابل قانون می‌گردد هم ارزش‌های اخلاقی و معنوی جامعه را پاس می‌دارد که این دو مبنای اساسی احترام به قوانین و مذاهب به شمار می‌آید.

در مقایسه‌ی قوانین وضعی با احکام شریعت اسلامی، نباید فراموش کنیم که این شریعت یک آیین دینی مبتنی بر اسلام است و طبیعتاً ممکن نیست در جهتی حرکت کند که با جهت‌گیری اسلام مخالف است. این دین با تمام احکام آن از قبیل صوم و صلوة و زکات، حج، توحید، واجبات و محرمات، نظام اساسی دولت به حساب می‌آید و تجزیه‌پذیر هم نیست. مقدور نیست که برخی از احکام آن پذیرفته شود و برخی دیگر متروک بماند. زیرا این کار باعث ویرانی و تخریب آن می‌گردد. اصحاب پیامبر (ص) این وضع را کاملاً درک می‌کردند و لذا با کسانی که پس از وفات حضرت رسول (ص) زکات نمی‌دادند جنگیدند و آنان را مرتد قلمداد کردند با آن که در آن دوران سخت، که کل جزیرة‌العرب علیه مسلمانان بود به مسالمت و صلح بیش از هر چیز نیازمند بودند.

پس در شریعت از اعمال مجازات برای جرایم اخلاقی و دینی چشم‌پوشی نمی‌شود. زیرا دستور و اساس نظام اسلامی چنین است و شریعت و احکام آن برای حمایت از آن نظام و پاس‌داری از مبانی آن به وجود آمده است بنابراین ناچار است آنچه را برخلاف اسلام باشد، ممنوع و مجازات‌شدنی بداند.

این نکته نباید به مثابه عیب شریعت اسلامی شمرده شود، زیرا، یک ویژگی اساسی است که با کلیه‌ی نظام‌های موجود در جهان و یا نظام‌هایی که بعداً به وجود می‌آیند هم‌راه است. هر نظام و سیستم عقیدتی، مبانی و پایه‌هایی دارد که بر آنها متکی است. اگر این مبانی و پایه‌ها مورد توجه قرار نگیرند از هم می‌پاشد و فرو می‌ریزد، مثلاً دموکراسی، پایه‌ها و مبانی معینی دارد، نازیسم و مارکسیسم نیز همین‌طور، هر یک از سیستم‌های یاد شده مبانی مختلفی دارند و هیچ‌کدام از آنها در صورت عدم توجه و مراقبت، پایدار نمی‌مانند. زیرا براساس این مبانی به وجود آمده‌اند و با آنها از نظام‌های سیاسی دیگر تفکیک می‌شوند. البته می‌دانیم که هر یک از نظام‌های یاد شده، کسانی را که علیه اصول و مبانی آنها اقدام کنند سخت کیفر می‌دهند. زیرا آنچه در این شریعت انجام می‌گیرد به صورت طبیعی لازمه‌ی هر نظامی است که می‌خواهد بماند و رشد کند و استقرار یابد. اگر در شریعت اموری قابل مجازات دانسته می‌شود که از دیدگاه قوانین وضعی جرم تلقی نمی‌شوند، اهمیت ندارد و عیب و ایرادی محسوب نمی‌شود، زیرا عامل آن، تفاوت و اختلاف نظام‌های فکری است. تا زمانی‌که جهت‌گیری‌ها و طبیعت نظام‌ها با یکدیگر متفاوت است، ممکن نیست در اعمال ممنوع و مشروع، موضع واحدی داشته باشند. مثال‌هایی که در این مورد می‌توان آورد زیاد است، مثلاً نظام کمونیستی، تبلیغ نازیسم و دموکراسی را جرم و قابل مجازات می‌شناسد و بالعکس نازیسم نیز در مورد تبلیغ کمونیسم و دموکراسی همین موضع را دارد و نظام‌های دموکراتیک علیه کمونیسم و نازیسم می‌جنگند و آنها را قابل مجازات می‌دانند. در کشورهایی که از نظام دموکراسی تبعیت می‌کنند، مالکیت فردی مشروع و هیچ حد و مرزی ندارد و همین موضوع در کشورهای کمونیستی جرم است. پس اختلاف اعمال ممنوع در نظام‌های حکومتی، فی‌نفسه عیب تلقی نمی‌شود زیرا ارزش و منزلت نظام‌های حکومتی با اعمالی که ممنوع یا مشروع می‌شناسند سنجیده نمی‌شود، بلکه ارزش آنها با تأمین سعادت مردم و ترقی و سربلندی آنها و گسترش عدالت و برابری و رحمت میان افراد جامعه مقایسه می‌گردد.

پیش از پایان این مقال، نگارنده ناگزیر از بیان حقیقتی است؛ حقیقتی که هیچ منفذی برای داخل شدن باطل ندارد. حقیقت این است که در شریعت اسلام اعمال معینی تصریحاً

جرم شناخته شده و مرتکب به آنها را قابل مجازات دانسته و برای ولی امر درباره‌ی آنها حق عفو جرم یا مجازات در نظر نگرفته است این جرایم عبارت‌اند از حدود و قصاص. در برخی از جرایم این حق برای ولی امر قایل شده است که جرم و یا مجازات آن را مورد عفو قرار دهد، مانند تعزیرات. هم‌چنین به حکومت این اختیار را داده است که بنابر مصلحت و نظم عمومی، برخی از اعمال را رأساً ممنوع سازد، اهم آن اعمال، کارهایی است که با روح شریعت و اصول کلی آن نیز مخالف است. پس اگر حکومت تشخیص دهد که مصلحت ایجاب می‌کند تا فلان عمل جرم تلقی شود، آن را ممنوع و قابل مجازات می‌کند. حق ولی امر در اعلام عفو جرم و یا مجازات به رعایت منافع عمومی و نظم عمومی جامعه‌اش مقید است، مقصود از نظم عمومی، همان نظام اسلامی است. به این ترتیب می‌توان گفت در هر یک از جرایمی که در شریعت، آنها جرم دانسته شده، حکومت در مجازات آنها آزادی عمل ندارد. زیرا جرم مورد نظر، اگر از جرایم حدود باشد، چاره‌ای از مجازات فاعل آن نیست و اگر از جرایم تعزیری به حساب آید، مورد عفو قرار دادن آن و یا عفو کیفر به رعایت مصلحت نظام اسلامی مقید است و بدیهی است که مورد عفو قرار دادن این جرایم در هر حالت با نظام اسلامی منافات پیدا می‌کند. هم‌چنین حکومت ملزم است هر آنچه را با روح اسلام و اصول کلی آن منافات دارد، ممنوع سازد و برایش کیفر تعیین کند. در این مورد هم حدود اختیارات حکومت در اعلام حرمت و یا عدم آن و عفو و یا عدم عفو به رعایت مصلحت نظام اسلامی مقید است، نه مصالح ولی امر و یا هر مصلحت دیگر. مجازاتی که برای جرایم دینی مقرر گردیده برای رعایت مصلحت نظام اسلامی است، نه مصلحت دیگری، در نتیجه کسی که می‌خواهد این نظام را برپا دارد صحیح نیست در این مورد مجادله کند و مسئولان این نظام نباید از شأن و جایگاه آنها بکاهند. هیچ باکی نیست که شریعت اسلامی در قابل مجازات دانستن جرایم دینی با قوانین عرفی مخالف باشد. زیرا این اختلاف در طبیعت و ماهیت نظام‌های حکومتی قرار دارد. مخالفت شریعت اسلام با قوانین وضعی نباید مسلمانان را از تفضیل آن بر سایر نظام‌ها باز دارد، هم‌چنان که کمونیست‌ها از تمجید و تحسین کمونیسم و برتری آن بر سایر نظام‌ها منصرف نمی‌شوند با آن که با هر نظام ساخته‌ی بشری یا سماوی که تاکنون در روی زمین به وجود آمده، مخالف است، هم‌چنان که یک نظام غیرطبیعی و غیرعادی نیز هست.

گفتیم که شریعت اسلامی جرایم را بر دو قسم می‌داند: جرایم عمومی که هر کس مرتکب شود کیفر می‌بیند؛ و جرایم خاصی که اگر مرتکب مسلمان باشد، مجازات خواهد شد و اشاره شد که این جرایم، جرایم دینی هستند. هم‌چنین توضیح داده شد که این شیوه

برای قوانین وضعی جدید ناشناخته و النهایه اساس تفکیک عامل دینی نیست. قوانین وضعی جدید بر مقرراتی استوار است که فقط پاره‌ای از افراد یا گروه‌ها را در بر می‌گیرد، مانند قوانین ناظر به عمل‌کرد قضات یا وکلا، و یا پزشکان. این مقررات اعمال معینی را نسبت به بخشی از افراد یا گروه‌ها ممنوع و قابل مجازات می‌داند. تحریم بعضی از اعمال نسبت به برخی از اشخاص یا گروه‌های معینی از نظر قوانین وضعی با آنچه شریعت عمل کرده است و فقط مسلمانان در مقابل بعضی از اعمال کیفر می‌بینند، برابر است. بنابراین، قوانین وضعی برای حمایت از مصالح فرد و جامعه ناچار از پذیرش نظریه‌ای است که شریعت اسلام در ۱۴ قرن قبل به منظور حمایت از مصالح جامعه و نظم عمومی آن، آورده است.

۲۴۵. آیا شریعت میان مسلمان و غیرمسلمان در اعمال مجازات تفاوت می‌گذارد؟ قاعده بر این است که هر کس مرتکب جرم شد کیفر می‌بیند. اگر شریعت به ملاحظاتی که توضیح داده شد عملی را بر گروهی ممنوع می‌سازد و برای گروه دیگری نامشروع نمی‌داند به این معنا نیست که گروه اخیر را کیفر نمی‌دهد.

کیفرهای حدودی از جانب شارع معین شده‌اند؛ یعنی مجازات‌ها حد معینی دارند که نه افزایش‌پذیرند و نه کاهش‌پذیر، و قاضی نمی‌تواند آنها را با مجازات دیگری عوض کند. مجازات‌ها در جرایم قصاص نیز معین هستند ولی اگر مجنی‌علیه یا ولی دم او از قصاص بگذرند، یا اعمال مجازات قصاص با مانع شرعی مواجه گردد، صحیح است که با کیفرهای دیگری عوض شوند. در این مورد هم قاضی حق ندارد مجازات را عوض کند و اگر مانع شرعی و یا عفو مجنی‌علیه در میان نباشد باید مجازات اصلی را مورد حکم قرار دهد، و اگر مجنی‌علیه یا ولی دم او عفو کند یا مانع شرعی موجود باشد، مجازات بدل از قصاص را مورد حکم قرار می‌دهد. مجازات‌های تعزیری غالباً حداقل و اکثردارند و تعیین مجازات به عهده‌ی قاضی است و می‌تواند مجازات حداقل و یا کیفر حداکثر را که با اوضاع و احوال قضیه و شرایط حاکم بر متهم مناسب باشد، منظور دارد.

از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که طبیعت مجازات‌ها اجازه نمی‌دهد تا میان افراد تفاوت گذارده شود و مسلمان با غیرمسلمان فرق داشته باشد. هر جرمی کیفر خاص خود را دارد و هر کس آن را مرتکب شود، خواه مسلمان باشد یا غیرمسلمان به تحمل کیفر محکوم خواهد شد.

گه‌گاه با جرایمی مواجهیم که بین فقها به اعتبار وضعی که متهم یا مجنی‌علیه باید داشته

باشند تا فاعل جرم مستوجب مجازات شناخته شود اختلاف است. و این اختلاف چه بسا افرادی را که با شریعت و یا با احکام مذاهب مختلف آن آشنا نیستند به این گمان وا می‌دارد که گویا شریعت اسلام در مجازات‌ها میان مسلمان و غیرمسلمان تفاوت می‌گذارد. جرایم مورد اختلاف منحصراً عبارت‌اند از: قتل عمد، زنا و قذف.

مجازات قتل عمد در شریعت قصاص است، لیکن به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد، چنان که مسلمان، شخص ذمی را بکشد، قصاص نمی‌شود. مستند آنان روایتی است که پیامبر (ص) می‌فرماید: «آگاه باشید مسلمان به خاطر کافر کشته نمی‌شود» اما به نظر ابوحنیفه، قصاص می‌شود زیرا وی کافر را به معنای کسی تفسیر می‌کند که با مسلمانان معاهده نبسته است و چون ذمی دارای عهد و پیمان است، شامل او نمی‌گردد و به عموم آیه‌ای استناد می‌کند که مجازات قتل عمد را قصاص می‌داند. اختلاف فقها در این مورد از تفسیر آیه ناشی می‌گردد. بدیهی است تفسیری که مسلمان و ذمی را یکسان می‌داند، تفسیری است که با عموم نص و برابری دو نفر در جرایم عمومی سازگار است.

در مجازات زنای غیرمحصن فقها اختلاف ندارند، مسلمان و ذمی غیرمحصن اگر زنا کنند مجازاتشان شلاق است. ولی در زانی محصن اختلاف نظر دارند، به نظر ابوحنیفه، ذمی با "رجم" کیفر نمی‌بیند، زیرا یکی از شرایط احصان، ایمان به اسلام است و ذمی را نمی‌توان محصن دانست و از این رو مجازات وی در صورت ارتکاب زنا و در هر حالت شلاق است، اما مجازات مسلمان محصن، رجم است. از نظر مالک و شافعی و احمد، ایمان به اسلام از شرایط احصان به حساب نمی‌آید. پس منشأ اختلاف در تفسیر لفظ احصان قرار دارد.

یکی از ارکان قذف، احصان است زیرا خداوند می‌فرماید: «والذین یرمون المحصنات» اگر در تفسیر احصان گفته شود که یکی از شرایط آن ایمان به اسلام است در نتیجه، قاذف مسلمان به مجازات حد که هشتاد ضربت تازیانه است محکوم می‌شود و قاذف ذمی به تعزیر. تعزیر ممکن است شلاق یا حبس یا چیز دیگری باشد که گاهی از مجازات حد سبک‌تر و گاهی شدیدتر از آن است.

از بررسی مقایسه‌ای نتایج جرایم سه‌گانه چنین برمی‌آید، که همیشه موضوع به نفع مسلمان یا ذمی تمام نمی‌شود. به عبارت دیگر، هیچ‌کدام به نتیجه‌ی واحد نمی‌رسند، اگر نتیجه‌ی تفسیر در آیه‌ی قتل به نفع مسلمان تمام شده و باعث تخفیف مجازات می‌شود در زنا باعث تخفیف مجازات ذمی می‌گردد. اما در قذف، نتیجه‌ی تفسیر گاهی به نفع ذمی تمام می‌شود و گاهی به زیان وی. این نتیجه‌های متفاوت که از آراء فقها به دست می‌آید به تنهایی برای مردود ساختن این پندار که اسلام در اعمال مجازات، میان مسلمان و ذمی تفاوت

می‌گذارد، کفایت می‌کند. هم‌چنان که این نتایج، مؤید مطالبی است که نگارنده بر آنها اشاره داشت و آن این که تفاوت در مجازات از اختلاف در تفسیر و فهم آیات ناشی می‌گردد نه آن که شریعت گروهی را بر گروه دیگر ترجیح می‌دهد.

۲۴۶. قاعده‌ی شرعی در شمول قوانین جزائی بر اشخاص: از آنچه گذشت آشکار می‌گردد که احکام شریعت بر همه‌ی افراد شامل است و هیچ کس از شمول آنها معاف نیست، وضعیت اجتماعی، توانایی، شکوه و اوصاف فرد در این جهت در کار وی مفید نخواهد بود. هم‌چنین معلوم گردید که شریعت "اصل مساوات" را تا آخرین حد و درجه‌ی آن رعایت می‌کند و اجازه نمی‌دهد که شخصی بر شخص دیگر، یا گروهی بر گروه دیگر و طبقه‌ای بر طبقه‌ی دیگر امتیاز داشته باشد.

اصل مساوات در شریعت و قوانین وضعی ملاحظه شد، بدون تردید شأن شریعت بالاتر از آن است که در این باره با قوانین وضعی مقایسه شود. قوانین به رغم پیدایش نظریه‌های جدید در سطحی پایین‌ترین از شریعت قرار دارند. هر شخص منصفی پس از دقت در مقایسه‌ای که نگارنده انجام داد می‌تواند بگوید: اصل مساوات و برابری اشخاص در مقابل قانون در شریعت اسلام به درجه‌ی کمال مطلق رسیده است و قوانین وضعی به سان کودکی است که تمایل دارد راه برود ولی نمی‌تواند بر پاهایش بایستد.

بخش دوم

عنصر مادی جرم

۲۴۷. توضیح: رکن مادی جرم با ارتکاب عمل ممنوع، به وجود می‌آید؛ خواه عمل مجرمانه، ایجابی (مثبت) باشد یا سلبی (ترک فعل). گاهی متهم، بزه ارتکابی را کامل می‌کند که در این صورت آن را جرم تام و کامل می‌نامند، مانند کسی که مال دیگری را سرقت و از حرز خارج می‌کند. گاهی عمل ارتکابی نیمه تمام می‌ماند که آن را جرم ناتمام می‌نامند، مانند کسی که پیش از حمل اشیای مسروقه از محل سرقت به بیرون دست‌گیر می‌شود. جرم ناتمام در اصطلاح امروزی شروع به جرم نام دارد.

گاهی یک نفر مرتکب جرم می‌شود و گاهی در ارتکاب یک جرم چند نفر هم‌دستی می‌کنند که در این حالت یک یا چند نفر آنها رکن مادی جرم را به وجود می‌آورند و یا مثلاً برخی، برخی دیگر را تشویق و ترغیب کرده یا در حال ارتکاب به مجرم کمک می‌کنند که آن را مشارکت در جرم می‌نامند.

پس بررسی رکن مادی جرم، مطالعه‌ی جرم کامل، شروع به جرم و مشارکت در جرم را هم در برخواهد گرفت. جرم کامل در جلد دوم این کتاب با توضیحاتی درباره‌ی ارکان و شرایط و مجازات آن بیان شده است. شروع به جرم و مشارکت در آن در صفحات آتی همین کتاب بررسی و برای هر یک فصل خاصی در نظر گرفته شده است.

فصل اول

شروع به جرم

۲۴۸. فقها و مسئله‌ی شروع به جرم: فقها به ارائه‌ی نظریه‌ی خاصی در باب شروع به جرم اهتمام نورزیده‌اند و لفظ "شروع" را با معنای فنی و حقوقی آن که امروزه ما می‌فهمیم مورد بحث قرار نداده‌اند. فقط جرایم تمام و کامل را از جرایم ناتمام تفکیک کرده‌اند. به نظر می‌رسد که دو عامل باعث شده است تا آنها مسئله‌ی شروع به جرم را مد نظر قرار ندهند.

اول: مجازات شروع در جرایم، قصاص[1] یا حد نیست بلکه مجازات آن ـ جرم ارتکابی هر چه می‌خواهد باشد ـ تعزیر است. سنت فقها بر این بوده است که فقط به بحث از جرایم حدود و قصاص اهتمام ورزند، زیرا آنها جرایم ثابتی هستند که در ارکان و وضع آنها تغییر و تعدیل رخ نمی‌دهد، هم‌چنان که مجازاتشان نیز معین است و قاضی حق ندارد آنها را تشدید کند یا تخفیف دهد. اما در جرایم تعزیر، اگر تعداد قلیلی از آنها را مانند حرمت اکل میته و خیانت در امانت که شرع مجازات خاصی برای آنها در نظر گرفته است مستثنا داریم، اکثر آنها به ارائه و تصمیم حکومت موکول گشته است. اعمالی را که مخالف منافع عمومی و نظام جامعه بدانند ممنوع و برایشان کیفر پیش‌بینی می‌کنند و اعمالی را که بدون ضرر تشخیص دهند مجاز و مشروع اعلام می‌دارند هم‌چنان که تعیین کیفر برای جرایم تعزیری نیز ـ خواه از آنهایی باشد که شرع حرام دانسته و خواه از اعمالی باشد که حکومت رأساً ممنوع ساخته

---

۱. مجازات شروع به قتل چنانچه منتهی به جرح یا قطع عضو گردد، هرجا که ممکن باشد قصاص است ولی این مجازات به سبب شروع به قتل نیست بلکه مجازات جرح یا قطع عضوی است که به عنوان یک جرم تمام به وقوع پیوسته است. این مسئله به تفصیل بحث خواهد شد.

است ــ به عهده‌ی حکومت گذاشته شده است. پس ولی امر (حکومت) می‌تواند در مجازات جرایم تعزیر حکم به تخفیف دهد و یا بنابر مصلحت عمومی، آنها را تشدید کند، علاوه بر این، قاضی در تعیین و اعمال مجازات اختیار وسیعی دارد و می‌تواند حداقل مجازات را در نظر بگیرد و یا حداکثر آن را در حکم خود منظور دارد. نتیجه آن که، جرایم تعزیر نسبت به جرایم حدود و قصاص چندان اهمیت ندارند و دیگر این که مجازات‌های جرایم تعزیر غیرثابت‌اند؛ گاهی با کیفر سبک و گاهی با مجازات سنگین مواجهند و این که بیشتر آنها در یک زمان مجازات دارند و در زمان دیگری ندارند و هم‌چنین ممکن است در جایی مجازات داشته و در جای دیگری بدون مجازات باشند. گاهی عناصر سازنده‌ی آنها با تغییر جهت و موضع حاکمیت تغییر می‌کنند. این عوامل باعث شده است که فقها فقط کلیاتی از تعازیر را مورد بحث قرار داده به بحث تفصیلی ارکان جرم و شرایط آن وارد نشوند و بر این اساس از شروع به جرم به طور ویژه بحث نکرده‌اند.

دوم: قواعد ناظر به مجازات جرایم تعزیری از وضع قواعد خاص برای شروع به جرم مانع شده‌اند زیرا این قواعد برای شروع جرم نیز کفایت می‌کنند. قاعده‌ی شرعی این است: هر معصیتی که حد و کفّاره‌ی معین ندارد، مجازاتش تعزیر است، به عبارت دیگر، هر عملی که از دیدگاه شریعت گناه محسوب می‌گردد، جرم و چنانچه کیفر حد یا کفّاره نداشته باشد، مجازاتش تعزیر است. چون حد و کفّاره در جرایم معینی پیش‌بینی شده‌اند که مجرم به طور کامل مرتکب آنها شده است، مجازات شروع، در هر عمل ممنوع و حرامی جز تعزیر چیز دیگری نخواهد بود. هر شروع به عمل قابل مجازات، در حد خود گناه یعنی جرم کامل محسوب می‌گردد؛ هرچند جزئی از اعمال سازنده‌ی بزهی به حساب می‌آید که تمام نشده است، به شرط آن که همین مقدار از شروع، فی‌نفسه حرام باشد. محال نیست که انجام‌دادن عملی، به تنهایی جرم باشد و زمانی هم که با عمل دیگری در کنار هم قرار بگیرد جرم دیگری به شمار آید، مثلاً وقتی سارق در دیوار خانه‌ای نقب می‌زند ولی پیش از داخل‌شدن دست‌گیر می‌شود، دست به گناهی زده است که مستوجب کیفر است و این گناه به تنهایی جرم کامل به شمار می‌آید؛ هرچند آغازی است در اجرای بزه سرقت، مثلاً زمانی که سارق از دیوار خانه‌ای که قصد سرقت از آن را دارد بالا می‌رود، گناه می‌کند و زمانی که بدون ایجاد نقب و بالا رفتن از دیوار هم به قصد سرقت وارد خانه‌ای می‌شود، دست به گناه می‌آلاید، و اگر با اجازه داخل خانه شده است ولی لوازم آن را جمع‌آوری می‌کند که به سرقت ببرد و پیش از اقدام به خروج دست‌گیر می‌شود دست به گناه می‌زند، همین‌طور، هر عملی که از نظر شریعت حرام است و سارق آن را انجام می‌دهد گناه می‌کند؛ یعنی این عمل وقتی به

طور مجزّا مد نظر قرار بگیرد، جرم کامل و مستوجب عقاب است؛ هرچند جزئی از سرقت ناتمام نیز به شمار می‌رود. چنانچه متهم مجموعه‌ای از اعمال سازنده‌ی جرم سرقت را انجام داد و اموال مسروقه را از حرز خارج ساخت، مجموعه‌ی اعمال ارتکابی، سازنده‌ی جرم سرقت محسوب می‌شود و با تمام شدن آن، مجازات حد، که کیفر تعیین‌شده‌ی سرقت کامل است واجب می‌گردد در این صورت، اجزای دیگر سازنده‌ی جرم سرقت به طور مجزّا مجازات نمی‌شوند، زیرا از ادغام و کنار هم قرارگرفتن آنها، جرم سرقت پدید می‌آید.

زناکار وقتی برای زنا به خانه‌ی زن مورد نظر وارد می‌شود، مرتکب گناهی می‌گردد، وقتی با او در جای خلوتی می‌نشیند به گناه دیگری دست می‌یازد، وقتی او را می‌بوسد به معصیت دیگری دامن می‌آلاید، و همه‌ی این اعمال شروع به جرم، زنایی به شمار می‌آیند که کامل نشده است، لیکن هر یک از آنها به تنهایی نیز معصیت تمام محسوب شده، مستوجب تعزیرند. اگر جرم زنا به صورت تمام به وجود آید، حد واجب و تعزیر ممتنع می‌گردد زیرا تمام آن اعمال هم‌راه با مقاربت، جرم واحدی را که همان زناست می‌سازند.

بدین‌سان معلوم می‌شود که چرا عامل و انگیزه‌ای وجود نداشته است تا فقها نظریه‌ی خاصی را در مورد شروع به جرم وضع کنند، و فقط به بیان تفاوت موجود در جرم تام و جرم ناتمام آن‌هم در حدود و قصاص اکتفا کنند، زیرا فقط جرم تمام مستوجب عقوبت حد یا قصاص است و در جرایم ناتمام فقط مجازات تعزیر اعمال می‌گردد.

خطای واضح است که بعضی می‌پندارند حقوق اسلامی با شروع به جرم آشنا نیست زیرا از آنچه گذشت آشکار می‌شود که شروع به جرم به نحو احسن مورد شناسایی قرار گرفته است لکن شریعت با شروع به جرم با شیوه‌ی خاص برخورد می‌کند نه با شیوه‌ای که قوانین وضعی انتخاب کرده‌اند. البته فقها جرایم ناتمام را شروع به جرم تعبیر نکرده‌اند. زیرا جرایم ناتمام، هرجا که معصیت تلقی شوند از جرایم تعزیری به شمار می‌آیند و به تنهایی جرم تام شمرده می‌شوند؛ هرچند برای تشکیل جرم مورد نظر به تنهایی کافی نباشند، بنابر این، زمانی که جرم در دست اقدام به تنهایی جرم تام به حساب آید، دلیل ندارد که آن را شروع به جرم فلان نام‌گذاری کرد. اگر امروزه به جرم ناتمام شروع به جرم می‌گوییم، مطلب جدیدی نیست، بلکه نام‌گذاری جدید است بر بخشی از جرایم تعزیری و تفکیک برخی از آنهاست از بعضی دیگر. بدون آن که ضرورت اساسی، تسمیه و یا تفکیک مزبور را ایجاب کند الا این که مقایسه‌ی نظریه‌ی حقوق اسلامی با معادل آن در قوانین وضعی، ما را به بیان آن تعبیر وادار می‌کند.

ارزیابی حقوق اسلامی در شروع به جرم در مقایسه با قوانین وضعی گسترده‌تر است.

احکام شریعت شروع به هر جرمی را به شرط آن که فی‌نفسه گناه تلقی شود، مجازات می‌کند و در این قاعده هیچ استثنایی نمی‌شناسد، مثلاً کسی که چوب‌دستی‌اش را بلند کند تا دیگری را بزند، و شخص ثالثی مانع شود، آن شخص به‌گناه قابل تعزیر دست یازیده است. اما قوانین وضعی غالباً در جنایت‌ها و برخی از جرایم جنحه شروع به جرم را قابل مجازات می‌شناسند و در برخی از جرایم جنحه، شروع به جرم مجازات‌پذیر نیست. و در این باره قاعده‌ی کلی و عمومی در کار نیست.

یکی از مصادیق اعمال نظریه‌ی شریعت اسلام، حالت ایراد جرح به قصد قتل است، اگر جراحت منتهی به فوت منجی‌علیه گردد، عمل، قتل عمد است و اگر مجنی‌علیه بهبود حاصل کند، متهم فقط به اعتبار ایراد جرح به مجازات خاص آن محکوم می‌شود. اما اگر جانی قصد قتل منجی‌علیه را دارد ولی موفق به ایراد صدمه نمی‌شود، عملش معصیت است و تعزیر خواهد شد.

۲۴۹. مراحل تکوین جرم چیست و کدام یک از آنها معصیت تلقی می‌شود: پیش از آن که مجرم دست به ارتکاب جرم منظور بزند، آن جرم از مراحل چندی عبور می‌کند. مجرم در مرحله‌ی اوّل در خصوص جرم می‌اندیشد پس از آن به ارتکاب آن تصمیم می‌گیرد، سپس به فکر تهیه‌ی وسایل لازم و مقدمات کار می‌افتد، مانند خریدن سلاح برای قتل یا وسیله‌ی حفر دیوار خانه‌ای که قصد دارد از آن سرقت کند؛ یا تهیه‌ی شاه‌کلید برای بازکردن در محل وقوع بزه. وقتی مقدمات جرم را فراهم کرد، مرحله‌ی سوم پیش می‌آید که عبارت است از مرحله‌ی شروع به ارتکاب جرم که آن را به شکلی که قبلاً درباره‌اش اندیشیده و ابزارش را تهیه کرده است انجام دهد.

کدام یک از مراحل سه‌گانه‌ای که مجرم برای ارتکاب جرم پشت سر می‌گذارد معصیت، و یا جرم تلقی و در نتیجه مستحق مجازات می‌گردد؟ جواب این سؤال در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

اولاً ـ مرحله‌ی تفکر و تصمیم: این مرحله از معصیت، در نتیجه‌ی جرم قابل مجازات، مستوجب تعزیر نیست. زیرا قاعده‌ی شرعی بر این است که شخص، به سبب اعمالی که در نفس خود وسوسه می‌شود یا در درونش به وجود می‌آید و بر آنچه تصمیم بگیرد تا بگوید یا عمل کند مجازات نمی‌شود زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «خداوند از آنچه در درون و نفس امت من وسوسه می‌شود یا به وجود می‌آید تا زمانی که به مرحله‌ی عمل یا گفتار نیاورده‌اند گذشته است» و مؤاخذه تنها در مقابل سخنی است که گفته شود یا عملی است که انجام گیرد.

این اصل اساسی که شریعت اسلام از نخستین روز آن را اعلام کرده در قوانین وضعی اصل تازه‌ای است که کلاً در عصر کنونی پذیرفته شده و تا قبل از انقلاب فرانسه و اواخر قرن ۱۸ آن را نمی‌شناختند و به آن عمل نمی‌کردند. پیش از آن اگر نیت و اندیشه به ثبوت می‌رسید، صاحب آن مجازات می‌شد. پس حقوق اسلامی در بیان و وضع این اصل از تمام قوانین وضعی پیشی جسته است و در قوانین وضعی که جدیداً آن اصل پذیرفته شده در حقیقت یکی از قدیم‌ترین اصول اساسی شریعت مورد پذیرش قرار گرفته است. گذشته از این‌ها، اصل مزبور، در شریعت با هیچ استثنایی مواجه نیست اما در قوانین وضعی دایماً بر آن استثنا وارد شده است، مثلاً در قوانین جزای مصر و فرانسه، میان مجازات قتل عمد با سبق تصمیم و اراده‌ی قبلی، و قتل عمد بدون تصمیم قبلی تفاوت گذاشته شده است در مورد اول، مجازات قاتل شدید و در دومی، خفیف است.

ثانیاً ـ مرحله‌ی تهیه‌ی مقدمات و وسایل جرم: این مرحله نیز معصیت به شمار نمی‌آید و تهیه‌ی وسایل ارتکاب جرم از نظر شریعت مجازات ندارد مگر آن که تحصیل و تهیه‌ی آنها به طور مجزّا معصیت تلقی شود، مانند مسلمانی که قصد دارد با مست‌کردن کسی، او را برباید، چون خرید و تهیه‌ی مسکر فی‌نفسه معصیت محسوب می‌شود و مجازات دارد و به تحقق مقصود اصلی که ربودن مجنی‌علیه باشد نیازمند نیست. مرحله‌ی تهیه‌ی ابزار و وسایل جرم از آن رو جرم به شمار نمی‌آید که اعمال ناشی از متهم در صورتی که معصیت به شمار آیند مجازات دارند و یک عمل هنگامی معصیت تلقی می‌شود که حق جامعه یا حقوق اشخاص را زیر پا نهد، و غالباً تهیه‌ی وسایل، چنین خاصیتی ندارد، و اگر برخی از آنها تجاوز به حقوق جامعه و یا افراد به حساب آیند، چون این امر احتمالی و به عبارت دیگر مشکوک است، نباید مجرمانه تلقی شود. شرعاً اگر یقین حاصل شود کسی مرتکب جرم شده است، مجازات می‌شود.

ثالثاً ـ مرحله‌ی شروع به عملیات اجرایی: این مرحله تنها مرحله‌ای است که اعمال متهم جرم به شمار می‌آید. البته یک عمل هنگامی جرم محسوب می‌شود که معصیت محسوب شود؛ یعنی سبب تجاوز به حق جامعه یا فرد گردد. ضرورت ندارد که عمل، آغازی در تحقق رکن مادی جرم باشد، بلکه، کافی است که معصیت تلقی گردد و مقصود از آن ایجاد رکن مادی جرم باشد؛ هرچند فاصله‌ی آن عمل و رکن مادی بیش از یک قدم نباشد، مثلاً در جرم سرقت، شکافتن دیوار، آویختن به خانه و شکستن در و باز کردن آن با شاه‌کلید همگی معصیتِ مستوجب تعزیر و در نتیجه شروع به سرقت به حساب می‌آیند؛ هرچند میان آنها و عمل مادی سازنده‌ی جرم فاصله‌های چندی موجود باشد که عبارت‌اند از

داخل شدن در محل سرقت، پیدا کردن و دست‌رسی به اموال مورد نظر و بیرون آوردن آنها از حرز. هم‌چنین متهم به اعتبار ارتکاب معصیت یا شروع به جرم سرقت، کیفر می‌بیند زمانی که می‌خواهد نقب بزند یا در را باز کند و درصدد آویختن به خانه باشد؛ هرچند این اعمال را هنوز تمام نکرده باشد.

متهم مرتکب معصیت، مستوجب کیفر و در نتیجه شروع‌کننده به جرم زنا به شمار می‌آید هنگامی که داخل خانه‌ی زنی شود که قصد دارد با وی زنا یا با او در یک اتاق خلوت کند؛ یا او را ببوسد یا در آغوش گیرد و یا عمل دیگری از مقدمات زنا را انجام دهد، او به سبب این اعمال کیفر می‌بیند؛ هرچند میان آنها و عمل مادی سازنده‌ی جرم زنا، فواصل چندی موجود باشد.

به عقیده‌ی ابوعبداله زبیری، متهم به اعتبار ارتکاب معصیت یا شروع به سرقت، چنانچه در جوار محلّی که قصد دارد از آن سرقت کند یافت شود و هم‌راهش کلیدی برای بازکردن قفل در یا ابزاری برای کندن دیوار آن باشد؛ هرچند حتی شروع به این اعمال نکند به شرط آن که ثابت شود به قصد سرقت آنجا آمده است، مجازات می‌شود. هم‌چنین به نظر وی اگر کسی در محلی مخفی شود و منتظر باشد تا از غفلت نگهبان استفاده و سرقت کند، تعزیر می‌شود.[1]

پس معیار عمل قابل مجازات در شروع به جرم آن است که عمل انجام یافته مانند شکافتن دیوار خانه معصیت به شمار آید. معصیت بودن یا معصیت نبودن عمل از نیت و قصد متهم شناخته می‌شود. زیرا اثبات این نیت هرگونه تردید و شک را از میان می‌برد و در تعیین نوع معصیت کمک می‌کند. ابوعبداله زبیری در مثال‌هایی که ذکر شد برای نیت متهم شأن و جایگاه خاصی قایل است. به انتظار ماندن در جوار محل سرقت، گاهی برای سرقت است و گاهی مقصود دیگری در میان است و تنها قصد متهم شک را از میان می‌برد و معصیت را معین می‌سازد. وجود متهم در کنار محل سرقت و پیدا شدن کلید یا متهای هم‌راه وی این احتمال را تقویت می‌کند که قصدش سرقت باشد،با این حال، احتمال دارد مقصود وی عملی غیر از انجام دادن سرقت نیز باشد بنابر این، نیّت نام‌برده، تنها عاملی است که عمل منظور را از حیزّ احتمال خارج می‌کند و به دایره‌ی یقین سوق می‌دهد.

۲۵۰. بررسی تطبیقی: شریعت اسلام در مجازات‌ناپذیر دانستن دو مرحله‌ی تصمیم و تهیه‌ی مقدمات و مجازات‌پذیر دانستن مرحله‌ی شروع به عملیات اجرایی، با قوانین وضعی موضع

---

۱. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۰۶ و ۲۰۷.

واحدی دارد. لیکن علمای حقوق در این که چه مرحله‌ای مرحله‌ی شروع به اجرا است اختلاف نظر دارند، طرف‌داران مذهب مادی می‌گویند آغاز به عملیاتی که شروع به جرم را می‌سازد همان شروع به ارتکاب عمل مادی سازنده‌ی جرم است. اگر ساختار جرم منظور فقط از یک عمل و مرحله تشکیل می‌یابد، پس شروع به جرم، شروع به اجرای آن عمل است و اگر از چندین عمل ساخته می‌شود، انجام دادن یکی از آنها شروع به جرم به شمار می‌آید. ارتکاب عملی که از عداد اعمال سازنده‌ی جرم نباشد، شروع به جرم محسوب نمی‌شود. به عقیده‌ی پیروان مذهب شخصی[1] برای تحقق شروع به جرم کافی است که از متهم، اعمالی سر زند که مبین اراده‌ی قطعی و تصمیم جازم بر ارتکاب جرم باشد در این سیستم از قصد و شخصیت مجرم برای تشخیص مقصود و هدف وی از عمل ارتکابی سود می‌جویند.

سیستم درونی با نظریه‌ی شریعت اسلامی اختلاف چندانی ندارد. آنچه بنابر آن دیدگاه مجازات دارد از نظر شریعت نیز قابل مجازات است، با این همه، نظریه‌ی شریعت نسبت به آن گسترده‌تر است زیرا شرعاً آنچه را مجرم انجام می‌دهد، در صورتی که گناه تلقی شود، مجازات دارد؛ اعم از آن که حتماً به تحقق رکن مادی جرم منظور منتهی گردد یا منتهی نشود، مانند داخل‌شدن به خانه‌ای به قصد زنا با یک زن. اما سیستم درونی، لازم می‌شمارد که شروع به عملیات اجرایی، چنانچه مانع و رادعی نرسد به تحقق رکن مادی جرم منتهی گردد، مانند سوراخ کردن و بازکردن مدخل محل سرقت. قانون جزائی مصر از سیستم درونی تبعیت می‌کند و رویه‌ی دیوان‌عالی کشور مصر به پذیرش آن متمایل شده است.

۲۵۱. مجازات شروع به جرم: در جرایم حدود و قصاص، مجازات جرم تام با جرم ناقص یکسان نیست. مبنای این قاعده حدیث منقول از پیامبر (ص) است که می‌فرماید: «هرکس در اموری که حد ندارند، معادل حد کیفر دهد متجاوز است».[2]

در جرایم حدود و قصاص نمی‌توان از قاعده‌ی مزبور خارج گشت و ممکن نیست شروع به زنا را با مجازات زنای کامل کیفر داد و در شروع به سرقت ممکن نیست کیفر قطع دست اعمال گردد. زیرا قطع دست، مجازات جرم کامل است در نتیجه واجب است که متهم به

---

۱. برای تمیز اعمال مقدماتی از شروع به اجرا، دو سیستم مختلف پیش‌نهاد شده است: سیستم بیرونی و سیستم درونی. طرف‌داران سیستم بیرونی می‌گویند برای تحقق شروع به اجرا باید یکی از اعمالی که داخل در تعریف قانونی جرم است از طرف مرتکب انجام شود. برای مطالعه‌ی بیشتر مراجعه شود: دکتر عبدالحسین علی‌آبادی، *حقوق جنایی*، جلد اول، ص ۱۱۷.ـ م.

۲. جرایم قصاص و جرایم حدود، حدود نام دارند و حد مجازاتی است که از جانب شارع تعیین گردیده است.

میزان عمل انجام یافته مؤاخذه شود و به همان میزان کیفر ببیند. به علاوه، اگر مجازات شروع به جرم با جرم تام یکسان باشد، کسی‌که به جرمی شروع کرده است حتماً آن را تمام خواهد کرد. زیرا می‌داند که با شروع به جرم خود را در معرض کیفر جرم کامل قرار داده است و عاملی برای عدول از اتمام بقیه‌ی جرم در خود نمی‌یابد.[1]

می‌توان شروع به جرایم تعزیری را با شروع به جرایم حدود و قصاص مقایسه کرد و گفت: قواعد عمومی ناظر به جرایم حدود و قصاص به جرایم تعزیری هم ناظر است؛ هرچند آنها فقط در خصوص حدود و قصاص وضع گردیده‌اند. زیرا دو نوع یاد شده از با اهمیت‌ترین جرایم است، و اگر قاعده‌ای نسبت به جرم مهم ناظر باشد به جرایم کم اهمیت‌تر نیز ناظر خواهد شد.

می‌توان حدیث مزبور را فقط به مجازات‌های تعیین شده از جانب شارع که عبارت‌اند از جرایم حدود و قصاص اختصاص داد، ظاهر حدیث هم مؤید این اختصاص است که «من بلغ حداً فی غیر حد» منظور از "حد" نخست، کیفر است و از "حد" دوم، جرم. پس ظاهر روایت یاد شده نشان می‌دهد که فقط در مورد جرایم حدود و قصاص وارد شده است. و لذا مجاز خواهیم بود که مجازات شروع به جرم را در غیر حدود با مجازات جرم تام بسنجیم، در جرایم تعزیری مجازات‌ها معین نشده‌اند و قاضی در تعیین مجازات از حداقل تا حداکثر آن از آزادی عمل وسیعی برخوردار است.

در قوانین وضعی یکی از دو جهت‌گیری فوق پذیرفته شده است در برخی مجازات شروع به جرم با مجازات جرم تام یکسان دانسته شده و در برخی برای شروع به جرم، مجازات‌های سبک‌تری در نظر گرفته شده است.

۲۵۲. تأثیر انصراف متهم از اتمام جرم: وقتی متهم به ارتکاب جرم دست می‌یازد از دو حال خارج نیست یا آن را تمام می‌کند و یا ناتمام می‌گذارد. اگر تمام کند، مستوجب مجازات آن خواهد شد و در صورت ناتمام ماندن یا انصراف از اتمام آن، به اراده‌ی خود متهم نبوده است، مانند سارقی که پس از جمع‌آوری اموال مسروقه دستگیر شود یا این که با میل و اراده‌ی خود، جرم ارتکابی را ناکامل رها می‌کند. مورد اخیر از دو حالت بیرون نیست؛ یا در اثر عوامل دیگری از ارتکاب جرم دست می‌کشد، مثل این که به همان مقدار از عملی که انجام داده اکتفا کند؛ یا متوجه می‌شود که برخی از ابزار کار را هم‌راه ندارد؛ یا تشخیص می‌دهد که ایجاد حفره را به وقت مناسب دیگری موکول سازد؛ یا بترسد که کسی او را ببیند و یا این که بر اثر توبه و بازگشت و پشیمانی، جرم را ناتمام می‌گذارد.

---

۱. به شماره‌ی ۴۱۸ مراجعه شود.

اگر متهم به صورت غیرارادی جرم را ناتمام بگذارد، مثلاً به‌دست مالباخته دست‌گیر شود و یا عامل غیرارادی دیگری او را از اتمام جرم باز دارد، در این صورت چیزی از مسئولیت مجرم، درصورتی‌که مقدار عمل انجام یافته معصیت تلقی گردد، نمی‌کاهد.

اگر با اراده‌ی خود و به سبب عامل دیگری غیر از ندامت و پشیمانی جرم را ناتمام گذاشته است، بازاء عمل انجام یافته در صورتی که معصیت به شمار آید یعنی تجاوز به حق جامعه یا افراد شمرده شود، مسئولیت دارد، مثلاً با قصد سرقت از خانه‌ای در دیوار آن حفره ایجاد کند و یا درِ خانه را بشکند، ولی به سبب عبور پاسبان از آن محل و امکان رؤیت او داخل خانه نشود؛ یا به داخل خانه وارد شود ولی به سبب عدم توانایی در گشودن گاوصندوق، بدون آن که چیزی سرقت کند از خانه خارج شود و یا به این دلیل از خانه خارج شود که هم‌دستش را برای باز کردن درِگاو صندوق و یا حمل اموال مسروقه به داخل بیاورد. در کلیه‌ی این موارد به‌رغم انصراف ارادی، محکوم به تحمل مجازات خواهد شد، زیرا بر اثر توبه منصرف نگردیده است، و عملی که انجام داده معصیت شمرده می‌شود. ایجاد حفره، معصیت است. داخل شدن به خانه‌ی کسی بدون اجازه، گناه و شکستن درِ خانه‌ی دیگری گناه است. اما اگر به قصد سرقت تا نزدیکی درِ محل مورد نظر بیاید ولی قبل از هر اقدامی ـ علتش هرچه می‌خواهد باشد ـ برگردد، کیفر نمی‌بیند، زیرا این مقدار از عمل تجاوز به حقوق جامعه یا حقوق افراد به حساب نمی‌آید و از این رو گناه شمرده نمی‌شود و هر عملی که گناه نباشد، مجازات ندارد.

۲۵۳. انصراف ارادی در اثر پشیمانی و توبه: اگر مجرم بر اثر توبه و بازگشت، جرم را ناتمام بگذارد، چنانچه جرم منظور محاربه باشد، مجازات نخواهد شد زیرا خداوند می‌فرماید: «الا الذین تابوا من قبل ان تقدروا علیهم، فاعلموا ان‌الله غفور رحیم» (مائده، ۳۴). پس چنانچه محارب پیش از دست‌گیری توبه کند، هرچند مرتکب جرم کامل شده باشد، کیفر نمی‌بیند. اگر کسی که جرم محاربه را کامل کرده از چنین موقعیتی بهره‌مند گردد، به طریق اولی، کسی که جرم را ناتمام گذاشته است در صورت توبه، کیفر نخواهد دید.

فقها به رغم آن که در سقوط مجازات از محارب[1] در صورت توبه‌ی پیش از دست‌گیری،

---

۱. فقها متفق‌القول‌اند که توبه‌ی محارب باعث سقوط مجازاتی می‌شود که از تعدی به حقوق جامعه نشئت می‌گیرد. درمورد حقوق اشخاص چنین نیست، مثلاً اگر محارب مال کسی را بگیرد و توبه کند، مجازات قطع عضو ساقط می‌شود ولی ملزم به رد مال مأخوذه است. و اگر هم‌راه با اخذ مال، کسی را هم کشته باشد، مجازات قتل به عنوان حد ساقط می‌گردد ولی به استرداد مال ملزم است و اگر اولیای دم نگذرند، مجازات قصاص ساقط نمی‌گردد.

اتفاق نظر دارند در مورد جرایم دیگر، نظر واحدی ندارند. در این باب سه نظریه ارائه گردیده است:

نظریه‌ی اول: این نظر که برخی از فقهای دو مذهب شافعی و احمد ارائه کرده‌اند به طور خلاصه بر آن است که توبه باعث سقوط کیفر می‌شود. اینان می‌گویند، قرآن در مورد سقوط کیفر از محارب در صورت توبه، صراحت دارد. محاربه از سنگین‌ترین بزه‌هاست اگر توبه‌ی محارب سبب سقوط کیفر می‌گردد، به طریق اولی در مورد جرایم سبک‌تر نیز، توبه‌ی مجرم مسقط مجازات خواهد شد. دلیل دیگرشان این است که قرآن کریم اولین مجازاتی را که برای زنا در نظر گرفته بود در اثر توبه قابل اعمال نمی‌دانست. خداوند می‌فرماید: «واللذان یأتیانها منکم فاذوهما، فان تابا و اصلحا فَاَعْرِضوا عنهما» (نساء، ۱۶). و هم‌چنین قرآن کریم پس از ذکر "حد" سارق از توبه سخن می‌گوید: «فَمن تاب من بعد ظلمه و اصلح فان‌الله یتوب علیه» (مائده، ۳۹). و پیامبر (ص) می‌فرماید: «کسی که از گناه توبه کند مانند کسی است که اصلاً گناه نکرده است»، و بر بی‌گناه، کیفر و حدی نیست. پیامبر خدا (ص) در مورد ماعز، وقتی که شنید فرار کرده است فرمود: «هلاترکتموه، یتوب فیتوب الله علیه».

این فقها می‌گویند مجازاتی در اثر توبه ساقط می‌گردد که حیثیت عمومی داشته باشد، مانند زنا و شرب خمر ولی در مورد قتل یا ایراد ضرب، توبه، کیفر بزه را از میان نمی‌برد. برخی از این فقها برای سقوط مجازات در اثر توبه، این شرط را نیز معتبر می‌دانند که توبه‌ی متهم با تصحیح رفتار و عمل‌کرد توأم باشد، این شرط اقتضا می‌کند که مدتی بگذرد تا معلوم شود که متهم به راستی توبه کرده است، یا نه. برخی دیگر از فقها این شرط را معتبر نمی‌دانند و توبه را به تنهایی کافی می‌شمارند.[۱]

نظریه‌ی دوم: این نظر را که مالک و ابوحنیفه و برخی از فقهای دو مذهب شافعی و احمد ارائه کرده‌اند مجملاً بر آن است که جز در جرم محاربه، توبه مسقط مجازات نیست زیرا اصل چنین اقتضا می‌کند و خداوند دستور داده است که زانی و زانیه شلاق بخورند «الزانیه و الزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلادة» (نور، ۲). حکم آیه عام است؛ توبه‌کنندگان و غیرتائبین هر دو را در بر می‌گیرد و در این آیه که می‌فرماید: «والسارق و السارقه فاقطعوا ایدیهما» (مائده، ۳۸)، حکم قطع دست‌های هر دو دسته از بزه‌کاران را در بر می‌گیرد.

پیامبر (ص) دستور داد ماعز و غامدیه سنگسار شوند و هم‌چنین دست کسی را که در نزد وی به سرقت اقرار کرده بود، قطع کنند و حال آن که همه‌ی این‌ها معترف بودند و می‌خواستند با حد خوردن تطهیر شوند. پیامبر (ص) عمل آنان را توبه تلقی کرده در مورد

---

۱. *نهایةالمحتاج*، ج ۸، ص ۶؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۱۶ و ۳۱۷.

زن غامدیه فرمود: «آن‌چنان توبه کرده است که اگر بر هفتاد تن از اهل مدینه تقسیم شود، کفایت خواهد کرد».

این فقها که توبه را مسقط مجازات نمی‌دانند می‌گویند، عقوبت، کفّاره‌ی گناه است و میان محارب و دیگر مجرمان مشابهتی نیست تا با هم‌دیگر مقایسه شوند. محارب کسی است که در دست‌رس نیست و توبه‌ی وی پیش از دست‌گیری از آن رو مسقط مجازات شناخته شده است که بر توبه و خودداری از فساد در زمین تشویق شود، اما مجرم عادی از چنین موقعیتی بهره‌مند نیست و دایماً در دست‌رس حکومت قرار دارد و ضرورت ندارد تا توبه وی مسقط کیفر باشد، بلکه مجازات وی باعث می‌شود تا از تکرار جرم خودداری کند. به علاوه، اگر بپذیریم که توبه، مجازات را ساقط می‌کند، چه بسا به تعطیل مجازات‌ها بینجامد زیرا هیچ بزه‌کاری عاجز نیست که ادعای توبه کند.[1] نتیجه‌ای که بر این نظریه مترتب می‌گردد این است که اگر مجرم از اتمام جرم منصرف گردد و توبه کند، چنانچه آن مقدار از عملی که انجام داده است گناه شمرده شود از مجازات معاف نخواهد بود.

نظریه‌ی سوم: این نظریه را ابن تیمیه و شاگردش ابن‌القیم که حنبلی مذهب هستند ارائه کرده‌اند. اینان می‌گویند کیفر، گناه را پاک می‌کند و توبه نیز معصیت را و در جرایم عمومی مجازات را هم از میان می‌برد. اگر مجرم در یکی از جرایم حقوق الهی توبه کند، مجازاتش ساقط می‌گردد ولی اگر بخواهد تطهیر شود باید کیفر ببیند. پس اگر مایل بود که کیفر شود به‌رغم توبه‌اش مجازات خواهد شد.[2]

نتیجه‌ای که بر این نظریه مترتب می‌شود آن است که هرگاه کسی در اثر توبه جرم را ناتمام بگذارد، در صورتی که جرم از جرایم حقوق‌اللهی به حساب آید، یعنی حقی از حقوق جامعه شمرده شود، مجازات ساقط می‌گردد، مگر آن که مجرم شخصاً مایل باشد که به منظور تطهیر، کیفر ببیند، اما اگر جرم منظور، حق‌الناس باشد، توبه، به ساقط کردن کیفر منجر نمی‌شود.

قاعده‌ی عمومی در قوانین وضعی بر آن است که توبه‌ی مجرم، باعث سقوط مجازات نمی‌گردد این موضع با نظریه‌ی مالک و کسانی که چون او نظر دارند موافق است. لیکن برخی از آنها در صورتی که مجرم به اراده‌ی شخصی جرم را ناتمام بگذارد وی را قابل مجازات نمی‌دانند. قوانین جزای مصر و فرانسه از این قبیل است. این موضع با نظر برخی از فقها که توبه را مسقط کیفر می‌دانند سازگار است، برخی از قوانین هم مجرم را هرچند به

---

۱. *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۱۰؛ *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۹۶؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۵۶؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۱۶.

۲. *اعلام الموقعین*، ج ۲، ص ۱۹۷ و ۱۹۸.

میل و اراده‌ی شخصی جرم را ناتمام بگذارد از مسئولیت مبرا نمی‌دانند، مانند قوانین انگلستان و هند.

۲۵۴. شروع به جرم محال: در بیانات فقها، کلامی که به جرم محال اشاره کند یافت نمی‌شود، جرم محال آن گونه که علمای حقوق تعریف کرده‌اند آن است که انجام دادن آن محال باشد؛ یا بدان دلیل که ابزار و آلات جرم، صالح به خلق آن نیستند، مانند کسی که به قصد قتل دیگری به طرف او شلیک می‌کند ولی نمی‌داند که مسلح نیست یا سوزنش شکسته است و یا از آن رو که موضوع جرم منتفی است، مانند کسی که با قصد قتل به طرف کسی تیر بیندازد و معلوم شود که او قبلاً فوت کرده بود.

جرم محال در قرن پیش مورد بحث و مناقشات علمای حقوق بود، بعضی شروع به آن را قابل مجازات و برخی مجازات‌ناپذیر می‌دانستند. اما گرایش امروزی آن را به کنار نهاده است و از سیستم مخالف آن یعنی مکتب شخصی (سیستم درونی) پیروی می‌کند، در گرایش جدید، قصد بزه‌کار و میزان خطرناک بودن آن در نظر گرفته می‌شود. پس اگر اعمالی‌که انجام داده، صراحتاً و آشکارا قصد او را برسانند، مرتکب شروع به جرم گردیده است و به مجازات آن خواهد رسید.

نظر پیروان سیستم درونی در جرم محال با نظر اسلام موافق است. زیرا از دیدگاه شریعت اسلامی اعم از آن که جرم منظور به لحاظ آلات و ابزار و یا موضوعاً و غایتاً محال تلقی شود، چیزی از مسئولیت متهم نمی‌کاهد. بدون تردید اقدام مجرم به منظور تجاوز به مجنی‌علیه، اعم از آن که نتیجه‌ی مطلوب را به‌دست آورد یا نیاورد و اعم از آن که نتیجه‌ی منظور ممکن‌الحصول باشد یا محال، گناه است. زیرا چنین اقدامی در هر حال تجاوز علیه فرد و امنیت جامعه است و زمانی که قصد و نیت مجرم پدیدار می‌گردد و در افعال خارجی تجسم می‌یابد، هرگاه اعمال ارتکابی‌اش معصیت تلقی شود، مستوجب مجازات است اگر مجنی علیه صدمه‌ای ندیده و یا تحقق جرم به جهاتی محال و غیر ممکن شده است، نکته‌ای است که می‌تواند مد نظر قاضی قرار بگیرد و با توجه به اوضاع و احوال قضیه، مجازاتی را در نظر بگیرد که با قصد و نیت مجرم و خطرناکی آن متناسب باشد.

فصل دوم

هم‌کاری در جرم

۲۵۵. انواع مشارکت: گاهی یک نفر دست به ارتکاب جرم می‌زند و گاهی چند نفر در تحقق بزه سهیم می‌شوند؛ یا یک نفر با دیگری در ایجاد آن مساعدت می‌کند. معاضدت و هم‌یاری همیشه به صورت یکی از چهار حالت زیر خواهد بود: متهم در ایجاد رکن مادی جرم با دیگری سهیم می‌شود؛ یا مشترکاً آن را به وجود می‌آورند؛ یا مجرم اصلی را تشویق می‌کند؛ و یا به طرق گوناگون و بدون آن که مباشر در انجام دادن بزه باشد، مجرم را یاری می‌دهد. در هر یک از حالت‌های فوق، متهم شریک جرم به شمار می‌آید؛ خواه در تحقق عنصر مادی جرم مباشرت بکند یا خیر.

در حالتی که متهم در ایجاد بزه مباشرت دارد، شریک مباشر و آنجا که به صورت فیزیکی مباشرت نمی‌کند، شریک سببی نامیده می‌شود. در مورد اول، عمل ارتکابی را اشتراک مباشرتی و در مورد دوم، عمل ارتکابی را مشارکت سببی می‌خوانند. اساس این تفکیک از آنجاست که در مورد اول، متهم در ایجاد رکن مادی جرم مباشرت دارد ولی در مورد دوم با هم‌راهی یا تشویق و یا معاونت، سبب ایجاد رکن مادی جرم می‌گردد.[1]

تفکیک شرکا به شرح فوق این مزیت را دارد که اشتباه ناشی از اطلاق نام شریک به هر یک از شرکا را، بدون آن که مشخص گردد شریکی که در ارتکاب بزه مشارکت کرده کیست و آن که مباشرت نکرده کیست، از میان می‌برد، شاید علمای حقوق مصر جزء اولین کسانی

---

۱. شرح *الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۰.

باشند که به این اشتباه دامن می‌زنند زیرا آنان شریک مباشر و کسی را که سبب وقوع جرم شده است، هر دو را شریک نامیده‌اند.

۲۵۶. اهتمام و اهمال: قبل از هرچیز باید بدانیم که فقهای شریعت به همان میزان که درباره‌ی احکام مشارکت مباشرتی اهتمام ورزیده‌اند، به همان مقدار بلکه حتی بیشتر درباره‌ی احکام مشارکت سببی بی‌توجهی و اهمال کرده‌اند و این امر دو علت دارد:

علت نخست: هم‌چنان که قبلاً توضیح داده شد،[1] فقها به بیان احکام جرایمی که مجازات‌های معینی دارند اهتمام ورزیده‌اند که عبارت‌اند از حدود و قصاص، زیرا این جرایم ثابت و تغییرناپذیر و مجازاتشان را نیز شارع معین کرده است که نه کم می‌شوند و نه زیاد. لکن درباره‌ی جرایم تعزیری اهمیت نداده و احکام خاصی را برای آنها در نظر نگرفته‌اند. زیرا این جرایم غالباً غیرثابت‌اند و با تغییر امکانات و اوضاع و احوال زمانی و مکانی دگرگون می‌شوند، هم‌چنان که مجازات‌هایشان نیز غیرثابت است و زیادتی و نقصان می‌پذیرند.

علت دوم: قاعده‌ی کلی شرعی این است که مجازات‌های مقدر، درباره‌ی مباشر جرم اعمال می‌گردد و در حق کسی که نقش سبب را ایفا کرده است به مرحله‌ی اجرا در نمی‌آید. به عقیده‌ی ابوبکر این قاعده هیچ استثنایی ندارد ولی دیگر فقها جرایم قتل و ایراد جرح را از قاعده‌ی مزبور مستثنی می‌کنند و استدلالشان این است که طبیعت این جرایم اقتضا می‌کند به هر دو طریق ـ مباشرت و سببیت ـ رخ دهند، بلکه بیشتر از طریق سببیت به وجود می‌آیند. اگر به موجب قاعده، مجازات‌های تعیین شده‌ی شرعی را فقط درباره‌ی مباشر اعمال کنیم، اعمال آنها در حق مسبب ممکن نخواهد بود با آن که مانند مباشر در تحقق عنصر مادی جرم نقش داشته است. از این رو، فقهای مزبور فقط شرکای مباشر را مستثنا کرده‌اند و شرکای سببی را مشمول قاعده‌ی کلی می‌دانند.

نتیجه‌ی حاکمیت قاعده‌ی کلی این است که اگر کسی از باب سببیت در وقوع جرمی که مجازات شرعی دارد مشارکت کند به تحمل این مجازات محکوم نمی‌شود، زیرا فقط در حق شریک مباشر اعمال می‌گردد. پس جرم مشارکت سببی در هر حال از جرایم تعزیری به حساب می‌آید؛ خواه مرتکب در ایجاد یکی از جرایم حدود و قصاص مشارکت کند و یا در ایجاد جرمی از جرایم تعزیری. این نکته علت اهتمام فقها را به مشارکت مباشرتی و کم‌توجهی‌شان را به مشارکت سببی بر ما روشن می‌سازد. به مشارکت مباشرتی از آن رو

---

۱. به شماره‌ی ۲۴۸ مراجعه کنید.

اهمیت داده‌اند که اگر کسی دست به ارتکاب جرمی از جرایم حدود و قصاص بزند، به مجازات حد یا قصاص محکوم می‌شود. به مشارکت سببی اهمیت نداده‌اند، چون مجازات این شریک حد یا قصاص نیست، بلکه تعزیر است، پس این جرم همیشه از جرایم تعزیری به شمار می‌آید؛ هرچند مرتکب در یکی از جرایم حدود و قصاص مشارکت کند.

به‌رغم آنچه گفته شد، فقها هم به طور کلی مشارکت غیرمباشرتی را فراموش نکرده‌اند بلکه در خلال بحث از جرایم قتل و ایراد جرح متعرض آن شده‌اند، زیرا این قبیل جرایم به دو طریق ـ مباشرت و سببیت ـ به وجود می‌آیند. اشتراک غیرمباشرتی نوعی از سببیت است. آنچه فقها به مناسبت بحث از قتل و جرح از مشارکت سببی بیان کرده‌اند، به‌رغم اختصار برای استخراج قواعد کلی مبانی احکام این نوع از مشارکت کفایت می‌کند. در ذیل خواهیم دید که این قواعد در مجموع، با قواعد مشارکت سببی در قوانین وضعی اختلاف ندارند.

۲۵۷. شروط عمومی مشارکت: مشارکت اعم از آن که بالمباشره باشد یا از طرق سببیت به وجود آید، دو شرط کلی دارد که برای تحقق بزه مشارکت، لازم هستند. این دو شرط عبارت‌اند از:

اولاً: متهمان بیش از یک‌نفر باشند، و اِلّا مشارکت به وجود نمی‌آید؛

ثانیاً: عمل قابل مجازات به آنان نسبت داده شود. پس اگر عمل انتسابی قابل مجازات نباشد، جرمی به وجود نمی‌آید و به تبع آن بزه مشارکت نیز منتفی می‌گردد.

مبحث اول: مشارکت مباشرتی

۲۵۸. اشتراک در جنایت: این نوع مشارکت در صورتی به وجود می‌آید که چند نفر در ارتکاب جرم مباشرت کنند که امروزه آن را با عنوان "تعدد فاعلان اصلی جرم" یا مشارکت بیش از یک فاعل اصلی در جرم می‌شناسیم. لیکن فقها بعضی از صور مشارکت سببی را از این نوع می‌شمارند و مجازاً آن را با مجازات مشارکت مباشرتی یکسان می‌دانند، با آن که شریک سببی در ایجاد رکن مادی جرم مباشرت نداشته است. به این ترتیب در حالت‌های زیر متهم مباشر جرم به شمار می‌آید:

اولاً: کسی که به تنهایی یا هم‌راه دیگری مرتکب جرم می‌شود، مباشر جرم محسوب می‌گردد. پس کسی که انسانی را می‌کشد یا مال او را سرقت می‌کند مباشر قتل و سرقت است و چنانچه دو یا سه نفر در قتل کسی شرکت و هر یک از آنها مثلاً به طرف مجنی‌علیه تیراندازی می‌کنند که کشنده است، همگی مباشر جرم به شمار می‌آیند و اگر کالاهایی را از حرز سرقت کنند، هر یک از آنها سارق محسوب می‌شوند.

مسئولیت مباشر جرم در دو حالت اتفاق و تبانی قبلی: بیشتر فقها مسئولیت شریک را در حالت اتفاق از مسئولیت وی در حالت "تمالؤ" ـ توافق و تبانی قبلی ـ تفکیک می‌کنند. در حالت نخست هر یک از شرکا فقط در مقابل عمل خود مسئولیت دارند، و از نتیجه‌ی عمل شرکای دیگر، مورد بازخواست قرار نمی‌گیرند، مانند دو نفری که شخصی را مورد ایراد ضرب و جرح قرار دهند به این صورت که اولی دست مجنی‌علیه و دومی گردن وی را قطع کنند که نفر اوّل در مقابل قطع دست مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد و دومی به اتهام قتل محاکمه می‌شود، اما در حالت تبانی و توافق قبلی، هر دو نفر به اتهام قتل تحت تعقیب قرار می‌گیرند.

منظور از "اتفاق" این است که مجرمان با توافق و تصمیم قبلی دست به ارتکاب جرم نمی‌زنند، بلکه هر یک از آنها تحت تأثیر انگیزه‌ی شخصی و تصمیم ناگهانی عمل می‌کنند، مانند حالتی که در مشاجره‌های لفظی به وجود می‌آید. اصحاب پرونده بدون تصمیم قبلی با هم‌دیگر، درگیر می‌شوند و هر یک بر حسب اراده‌ی شخصی و اندیشه‌ای که به وی عارض می‌شود عمل می‌کنند، در این مورد و موارد مشابه می‌گویند شرکای جرم "اتفاق" داشته‌اند. که هر یک از آنها فقط در مقابل عمل ارتکابی خود مسئولیت دارد و نتیجه‌ی عمل دیگران را تقبل نمی‌کند.

در "تمالؤ" شرکایی که در ارتکاب بزه مشارکت می‌کنند، از قبل و پیش از ارتکاب جرم در وصول به هدف و منظور خاصی که از جرم ناشی می‌گردد، به توافق می‌رسند و در خلال حادثه برای ایجاد آنچه از قبل توافق کرده‌اند، هم‌دیگر را یاری می‌کنند، به عبارت دیگر، با سبق تصمیم و اراده‌ی قبلی دست به ارتکاب بزه می‌زنند. پس اگر دو نفر تصمیم بگیرند که شخص ثالثی را بکشند و بعد از آن برای اجرای مقصود خود اقدام کنند، یکی از آنها با چاقو انگشتان مجنی‌علیه را قطع کند و نفر دوم سر او را ببرد، هر دوی آنها قصد قتل داشته‌اند و به دلیل همین تبانی و تصمیم قبلی به اتهام ارتکاب قتل محاکمه خواهند شد.

ابوحنیفه میان حالت توافق و تمالؤ تفاوت نمی‌گذارد و معتقد است که هردو یک حکم دارند و در هر دو حالت، متهم فقط در مقابل عمل خود مسئولیت دارد.[1]

اما دیگر ائمه به شرحی که بیان شد، میان آن دو تفاوت می‌گذارند.[2] ناگفته نماند که برخی از فقهای مذهب شافعی و مذهب احمد، نظر ابوحنیفه را می‌پذیرند.[3]

---

۱. *الزیلعی*، ج ۶، ص ۱۱۴؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۱۰.

۲. *شرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۷ و ۲۱۸؛ *نهایةالمحتاج*، ج ۷، ص ۲۶۱ و ۲۶۳؛ *تحفةالمحتاج*، ج ۴، ص ۱۴ و ۱۵؛ *حاشیةالبیجیرمی علی‌المنهج*، ج ۴، ص ۱۴۰؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۷۱.

۳. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۶۶؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۳۵؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۷۱۶.

چه زمانی متهم شریک مباشر به شمار می‌آید؟ متهم شریک مباشر جرم محسوب می‌شود، هرگاه عملی انجام دهد که از آن شروع به اجرای بزه تعبیر می‌کنند و زمانی این تعبیر به کار می‌رود که عمل ارتکابی وی گناه تلقی شده و مقصودش ارتکاب بزه بوده باشد. بنابر این، مباشر جرم محسوب خواهد شد اگر به تعبیر امروزی شروع به جرم کرده باشد؛ خواه آن را تمام کند یا ناتمام بگذارد. زیرا اتمام و عدم اتمام جرم، در شریک مباشر به حساب آمدن وی، تأثیر ندارد و فقط در مجازات تأثیر می‌گذارد. چنانچه جرم را تمام کند و از جرایم حدود به‌شمار آید، به کیفر حد محکوم می‌شود، و اگر تمام نکند به مجازات تعزیری محکوم خواهد شد. اگر جرم منظور از جرایم تعزیری به شمار آید، خواه آن را تمام بکند یا ناتمام بگذارد، مجازاتش تعزیر است.

قبلاً اشاره شد که نظر شریعت اسلامی در شروع به جرم با نظر طرف‌داران سیستم درونی[1] در قوانین وضعی موافق است. این نظریه در غالب قوانین حکم فرماست و غالب دانشمندان حقوق آن را پذیرفته‌اند. در اینجا اضافه می‌کنیم که نظریه‌ی شریعت اسلامی در مورد شریک مباشر، عیناً همان مبنایی را دارد که در مورد شروع به جرم بر آن استوار است و از این رو با موضع اکثر قوانین وضعی جدید از جمله قانون مصر موافق است.

ثانیاً: شریک سببی مباشر جرم به حساب می‌آید در صورتی که فاعل اصلی به منزله‌ی آلت و ابزار باشد و مطابق میل متهم عمل کند. فقها در اصل موضوع هیچ اختلافی ندارند ولی در تطبیق آن فاقد نظر واحد هستند. به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد، کسی که به طفل غیرممیز یا به کسی که حسن نیت دارد دستور می‌دهد تا دیگری را بکشد، و او را به قتل می‌رساند، دستوردهنده، فاعل اصلی و مباشر جرم به شمار می‌آید؛ هرچند به عمل مادی دست نزده است. زیرا مأمور ابزار دست آمر بوده است و مطابق میل او عمل می‌کند.[2] اما ابوحنیفه در صورتی آمر را مباشر جرم می‌داند که دستور وی، مأمور را به ارتکاب جرم مجبور سازد و اگر دستور وی به این درجه از اجبار نرسد، دستوردهنده شریک سببی محسوب می‌گردد و حکم مباشر را نخواهد داشت.[3]

درباره‌ی مباشر به حساب آمدن شریک سببی یا به عبارت دیگر کسی که سبب وقوع جرم را فراهم ساخته است در قوانین وضعی و میان علمای حقوق اختلاف است. پاره‌ای از قوانین و دانشمندان حقوق آن را می‌پذیرند و برخی دیگر نمی‌پذیرند. قانون مصر پیش از

---

۱. به شماره‌ی ۲۵۰ مراجعه کنید.

۲. *الشرح الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۶ و ۲۱۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۹؛ *الشرح الکبیر*، ج ۹، ص ۳۴۴؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۱.

۳. *بدائع الصنائع*، جلد ۷، ص ۱۸۰.

۱۹۰۴ میلادی از این نظریه پیروی می‌کرد زیرا رئیس تبه‌کاران را که به قتل کسی دستور می‌داد و بر استفاده از وسایل اجبارِ مأمور قادر بود به اعتبار این که فاعل اصلی جرم است و نه شریک،[۱] مستحق اعدام می‌دانست اما بعد از ۱۹۰۴، هم‌چنان که از ظاهر مادّه چنین برآمد، آمر، شریک به حساب می‌آمد. با این همه، محاکم مصر کماکان و تحت تأثیر این نظریه و برتری نظر طرف‌داران آن، شریک سببی را مباشر جرم به حساب می‌آورند. گویا دادگاه‌های مصر امروزه در این مسئله از نظریه‌ی شریعت اسلامی متابعت می‌کنند.

۲۵۹. کیفر مباشران جرم: در شریعت قاعده بر این است که تعدد فاعلان جرم در مجازاتی که هر یک از آنان استحقاق دارند تأثیر نمی‌گذارد، گو این که هر کدام به تنهایی مرتکب آن شده‌اند. پس مجازات کسی که با دیگران در ارتکاب بزه مشارکت می‌کند، همان مجازاتی است که اگر به تنهایی مرتکب می‌شد در انتظار او بود؛ هرچند متهم در صورت تعدد، همه‌ی اعمال سازنده‌ی جرم را انجام نمی‌دهد.

۲۶۰. تأثیر اوضاع و احوال حاکم بر مباشر جرم نسبت به مجازات: در اعمال مجازات نسبت به هر یک از شرکا، اوضاع و احوال حاکم بر آنان مد نظر قرار می‌گیرد. قاعده این است که کیفر هر متهمی از صفت عمل ارتکابی و وصف فاعل و قصد و نیت او تأثیر می‌پذیرد. ممکن است یک عمل نسبت به شخصی جرم و نسبت به نفر دیگر دفاع مشروع[۲] و نسبت به شخص ثالث، تأدیب به حساب آید.

گاهی یکی از مرتکبان جرم، مجنون و دیگری عاقل است، گاهی یکی از فاعلان جرم عامد است و دیگری خطاکار. این حالت‌ها در مجازات تأثیر می‌گذارند، کسی که در مقام دفاع مشروع یا تأدیب، عملی را انجام می‌دهد به شرط آن که از حدود دفاع مشروع و تأدیب خارج نشود، مجازات ندارد. کسی که مجنون است، کیفر ندارد برخلاف عاقلی که صحیح را از سقیم تشخیص می‌دهد. مجرمی که به خطا دست به ارتکاب بزه می‌زند از کسی که در ارتکاب آن عامد است، کیفر خفیف‌تری دارد.

۲۶۱. آیا مجازات شریک از اوضاع و احوال ناظر بر شریک دیگر تأثیر می‌پذیرد؟ قاعده این است که اگر مجازات یکی از شرکا به دلیل وصف فعل، یا صفت فاعل و قصد وی تأثیرپذیر

---

۱. به مواد ۲۲۳ و ۲۲۴ از قانون جزای مصوب ۱۸۸۳ میلادی مصر مراجعه شود.

۲. دفعاً لصائل

باشد، نسبت به مجازات شریک دیگر که از این اوصاف بهره‌مند نیست تأثیر نمی‌گذارد. پس اگر شخصی، دیگری را به سبب دفاع از خود مجروح و نفر ثالث به قصد قتل او را مجروح کند و مجنی‌علیه در اثر جراحت‌های وارده بمیرد، متهم اوّل از مجازات معاف است زیرا دفاع مشروع، وصف مجرمانه را از عمل او گرفته است و دومی به مجازات قتل عمد محکوم می‌شود، زیرا عمل او مجرمانه وعمدی بوده است. مشارکت او در قتل با کسی که مجاز به ارتکاب آن باشد در مجازات وی بی‌تأثیر است، زیرا قابل مجازات نبودن متهم اوّل به دلیل وصفی است که در عمل او وجود دارد و این وصف در عمل متهم دیگر موجود نیست. چنانچه دیوانه‌ای با یک عاقل در ارتکاب جرم مشارکت کند، متهم دیوانه، به سبب جنون از کیفر معاف و نفر دوم به مجازات جرم محکوم می‌گردد؛ بدون آن که معاف بودن مجنون در مجازات او تأثیر بگذارد. زیرا اساس معاف بودن مجنون از مجازات، معنا یا وصفی است که وی دارای آن است و در متهم دیگر موجود نیست. چنانچه پدر با شخص دیگری در قتل فرزندش مشارکت کند، پدر قصاص نمی‌شود ولی فرد دیگر قصاص خواهد شد زیرا پدر به سبب صفت ابوت از مجازات قصاص معاف است و این صفت در متهم دیگر موجود نیست. عامد و خطاکار چنانچه در ارتکاب قتلی مشارکت کنند، هر کدام از آنها متناسب با قصدشان کیفر می‌بینند کسی که عامد است به مجازات عمد و آن که خطاکار است به مجازات خطا محکوم می‌شود و مجازات نفر اوّل از تخفیف مجازات نفر دوم تأثیر نمی‌پذیرد. زیرا تخفیف مجازات براساس عدم سوءنیت است که این معنا در کسی که عامد است برقرار نیست.[1]

در قاعده‌ی اساسی یاد شده، فقها هیچ اختلاف نظری ندارند. اگر گفته می‌شود که در تطبیق آن بر جرایم حدود و قصاص اختلاف دارند، این اختلاف در تطبیق قاعده‌ی مزبور نیست، بلکه در تطبیق قاعده‌ی دیگری است که عبارت است از قاعده‌ی "درءالحدود بالشبهات". این اختلاف منحصراً در حالت‌هایی بروز می‌یابد که احتمال می‌رود فقط عمل یکی از شرکا به نتیجه‌ی قابل مجازات منتهی شده باشد نه عمل دیگری یا دیگران، مانند قتلی که از یک نفر خطاکار و یک عامد و یا از کسی که در مقام دفاع مشروع است و از کسی که متجاوز است، یا از یک مجنون و عاقل، و یا از یک کودک و از یک فرد بالغ، و یا از یک عمل جراحی پزشک و تجاوز متهم، به وجود آید. فقها در این حالت‌ها و موارد مشابه اختلاف دارند زیرا عمل دو شریک باعث قتل گردیده است و احتمال می‌رود که فقط عمل

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۲؛ *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۸ و ۲۱۹؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۴۳۹؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۰۱؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۶۲ به بعد؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۹۷؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۷۳ و ۳۷۹ به بعد.

یکی از دو شریک منجر به قتل شده باشد. به نظر برخی، بروز این احتمال، شبهه محسوب می‌شود و از شریک دیگر، حد را ساقط می‌کند، و به عقیده‌ی برخی نیز شبهه به شمار نمی‌آید و حد را ساقط نمی‌کند و هر کدام از دو شریک به مجازاتی که شایسته‌ی آن هستند محکوم می‌شوند. بنابر این، اختلاف فقها در اصل، قاعده نیست، بلکه در قاعده‌ی "درءالحدود بالشبهات" اختلاف دارند؛ هرچند نتیجه‌ی عملی نظر کسانی که حد را در اثر شبهه ساقط می‌دانند آن است که شریک دیگر از اوضاع و احوال حاکم بر شریک خود سود می‌جوید.

نظر حقوق اسلامی در تأثیرناپذیری مجازات شریک مباشر از اوضاع و احوال شریک دیگر، با نظریه‌ای که قانون جزای مصر پذیرفته است کاملاً یکسان است، نظری که قانون جزای مصر پذیرفته در قوانین وضعی نظریه‌ی غالب است. قانون جزای مصر مقرر می‌دارد «چنانچه در یکی از متهمان اوضاع و احوالی یافت شود که اقتضا دارد وصف جرم یا کیفر نسبت به وی تغییر یابد، این وضعیت در شرکای دیگر تأثیر نمی‌گذارد، هم‌چنین است اگر فاعل جرم، به اعتبار قصد مجرمانه یا نحوه‌ی اطلاع وی از جرم، تغییر صفت پیدا کند».[1]

مبحث دوم: مشارکت سببی

۲۶۲. شرکای سببی: کسی شریک سببی به شمار می‌آید که با دیگری در ارتکاب عمل مجرمانه اتفاق دارد؛ یا او را در ارتکاب آن تشویق و یاری می‌کند. لازم است که شریک سببی در اتفاق و تشویق و معاونت در جرم دارای قصد باشد.

۲۶۳. شروط مشارکت سببی: از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که مشارکت سببی زمانی پدیدار می‌شود که سه شرط موجود باشد: اول ـ عمل قابل مجازات یا همان جرم؛ دوم ـ وسیله‌ی ارتکاب آن که همان اتفاق یا تشویق یا معاونت است؛ سوم ـ قصد وقوع عمل قابل مجازات. این شرایط، یکی پس از دیگری مورد بحث قرار می‌گیرد.

شرط اول ـ عمل قابل مجازات: برای تحقق مشارکت باید عمل قابل مجازاتی موجود باشد و نمود خارجی پیدا کند. تحقق کامل ضروری نیست بلکه، تحقق آن در حد شروع به جرم برای مجازات شریک کفایت می‌کند و هم‌چنین ضروری نیست که فاعل اصلی مجازات شود تا شریک قابل مجازات باشد، گاهی مباشر حسن نیت دارد و کیفر نمی‌بیند ولی

۱. به مادّه‌ی ۳۹ از قانون جزای مصر مراجعه شود.

شریک، کیفر می‌شود، گاهی فاعل اصلی به سبب صغرسن یا جنون از مسئولیت کیفری مبرا می‌شود ولی شریک قابل کیفر است.

شرط دوم: لازم است که مشارکت از طریق اتفاق، ترغیب و معاونت به وجود آید:

الف ـ اتفاق: چنان که قبلاً اشاره شد، اغلب فقها میان توافق و اتفاق[1] یعنی هم‌آهنگی قبلی در ارتکاب بزه تفاوت می‌گذارند. اتفاق عبارت است از هم‌آهنگی اراده‌ی بیش از یک نفر در ارتکاب بزه، بدون آن که پیش از حادثه درباره‌ی آن تبادل نظر کرده و تصمیم گرفته باشند. اگر با سبق تصمیم دست به ارتکاب جرم بزنند تحت عنوان مشارکت مباشرتی مجازات خواهند شد و در این صورت، آنان را نمی‌توان شریک سببی نامید.

اما توافق یا تمالؤ اقتضا می‌کند که میان مباشر و شریک بر ارتکاب جرم تفاهم و هم‌آهنگی قبلی موجود باشد. هم‌چنان که اقتضا می‌کند تا نام‌بردگان در قصد و هدف نیز وحدت داشته باشند. اگر چنین توافقی در میان نباشد، مشارکت به وجود نمی‌آید و یا اگر هم‌آهنگی قبلی موجود است منتها نه درباره‌ی جرمی که رخ داده است، باز هم مشارکت به وجود نمی‌آید. پس اگر دو نفر با هم‌دیگر تصمیم بگیرند که گاومیش کسی را سرقت کنند و فاعل اصلی، مالک آن را کتک بزند و یا گاومیش شخص دیگری را سرقت کند، مشارکت به وجود نیامده است. لیکن به وجود نیامدن مشارکت مانع نمی‌شود که متهمان به دلیل تبانی و هم‌آهنگی قبلی بر ارتکاب بزه، مجازات نشوند، زیرا این توافق فی‌نفسه معصیت است.

برای این که مشارکت به وجود آید باید جرم منظور در نتیجه‌ی "توافق" به منصه‌ی ظهور برسد پس اگر جرم منظور به وجود آید ولی نه در اثر اتفاق و هم‌آهنگی میان مباشر و شریک، مشارکت موجود نخواهد بود. کسی که با دیگری در کشتن ثالثی هم‌آهنگ می‌شود، اگر پس از این توافق و قبل از حلول موعد و زمان تعیین شده، شخص ثالث از توطئه مطلع گردد و به سراغ کسی که بناست مرتکب قتل شود برود و در صدد قتل او برآید، و فرد منظور در مقام دفاع از خود، او را بکشد، مسئولیت ندارد زیرا در حالت دفاع مشروع او را کشته است، لیکن او و یار دیگرش به لحاظ توافق قبلی در ارتکاب جرم قتل، هرچند آن را انجام نداده‌اند مجازات می‌شوند، زیرا اتخاذ تصمیم و ایجاد هم‌آهنگی بر ارتکاب بزه، خود جرم مستقل به حساب می‌آید؛ خواه جرم منظور به مرحله‌ی اجرا درآید یا عملی نشود.

یک نظریه از مالک: به عقیده‌ی مالک، کسی که با دیگری در ارتکاب جرمی از قبل هم‌آهنگ شده باشد و در اثنای ارتکاب مباشر، در محل وقوع جرم حضور یابد، شریک مباشر، (به عبارت دیگر فاعل اصلی) به حساب می‌آید و نه شریک سببی؛ هرچند در وقوع

---

۱. به شماره‌ی ۲۵۸ مراجعه کنید.

جرم مباشرت نداشته باشد و به مباشر جرم یاری ندهد به این شرط که اگر مباشر آن جرم را مرتکب نمی‌شد، وی آن را انجام می‌داد. نظر مالک در شریک سببی علی‌الاطلاق همین است. اعم از آن که سببیت از طریق توافق به وجود آید و یا ترغیب و معاونت عامل آن محسوب شود.[1] مالک در این رأی تنهاست و هیچ‌یک از فقها با او در این مورد موافق نیستند.

ب ـ ترغیب و تشویق: مقصود آن است که متهم به ارتکاب جرم وادار شود و همین تشویق انگیزه‌ی ارتکاب به حساب آید. چنانچه متهم در وضعیتی باشد که بدون ترغیب و تشویق هم‌دست به ارتکاب جرم می‌زد، نمی‌توان گفت که تشویق و ترغیب، متهم را وادار به ارتکاب جرم ساخته است؛ اعم از آن که ترغیب در روحیه‌ی وی اثر داشته باشد و یا تأثیر نگذارد. البته به موجب قواعد شرعی، ترغیب مستقلاً مجازات دارد زیرا ترغیب به ارتکاب جرم معصیت، و امر به انجام‌دادن منکر، محسوب می‌گردد.

دستور به قتل کسی، یا مجبور ساختن شخصی به قتل دیگری، ترغیب و وادار کردن به حساب می‌آید. تفاوت امر (دستور) با اجبار در این است که دستور، مأمور را مسلوب‌الاراده نمی‌کند، می‌تواند جرم را انجام دهد یا ندهد، اما مجبور چنین نیست زیرا اجبار، اراده‌ی شخص را از میان می‌برد و باید یکی از دو چیز را انتخاب کند؛ یا مرتکب جرم گردد یا تهدید را بپذیرد و آن را تحمل کند.

اگر آمر بر مأمور مسلط باشد، مانند تسلط پدر بر طفل صغیر خود و یا تسلط معلم بر شاگردش، ممکن است دستور آنان به درجه‌ی اجبار برسد، ولی اگر مأمور کودک یا سفیه و یا مجنون نباشد و دستوردهنده بر مأمور تسلط نداشته باشد، دستور داده شده، چیزی جز تحریک و ترغیب نیست که گاهی اثر می‌گذارد و گاهی نمی‌گذارد.

فقها در موردی که آمر بر مأمور تسلط دارد میان طفل ممیز و غیرممیز تفاوت می‌گذارند اگر مأمور غیرممیز باشد و نتواند از دستور آمر سرپیچی کند به مثابه آلت جرم است و هرچند در جرم مباشرت دارد، خود آمر، مباشر جرم محسوب می‌گردد. متهم در این حالت شریک سببی نامیده نمی‌شود.[2]

به نظر مالک، اگر ترغیب‌کننده در اثنای وقوع بزه در محل حادثه حضور یابد، فاعل اصلی به شمار می‌آید؛ خواه به مباشر جرم کمک برساند یا نرساند با این شرط که اگر مباشر، جرم را انجام نمی‌داد، خود وی آن را انجام می‌داد.

---

۱. *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۰؛ *مواهب الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۲.

۲. *الشرح الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۶ و ۲۱۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۹؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۱؛ *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۱۸۰.

ج ـ معاونت: کسی که دیگری را در ارتکاب جرم یاری می‌دهد، شریک سببی به حساب می‌آید؛ هرچند از قبل با وی در ارتکاب بزه هم‌آهنگ نباشد. هر کس به قاتل یا سارق راه را نشان بدهد، معاون محسوب می‌شود، و هر کس مجنی‌علیه را به محل حادثه بیاورد و رها سازد تا دیگری او را بکشد یا سرقت کند، معاون قاتل یا سارق به شمار می‌آید. کسی که در بیرون از محل سرقت منتظر ایستاده است تا سارق یا سارقان را در حمل اموال مسروقه یاری دهد، معاون به حساب می‌آید.

فقها میان مباشر و معاون تفاوت قایل هستند. مباشر کسی است که جرم را انجام می‌دهد؛ یا در صدد انجام‌دادن آن بر می‌آید. معاون شخصاً در ارتکاب فعل مباشرت ندارد بلکه مباشر را به کمک اعمالی یاری می‌دهد که با جرم مرتبط نیستند و شروع به اجرای آن نیز به حساب نمی‌آیند.

فقها در حکم و مجازات کسی که انسانی را می‌گیرد تا دیگری او را به قتل برساند اختلاف نظر دارند به عقیده‌ی برخی، نگهدارنده (ممسک) معاون است نه مباشر در قتل. ابوحنیفه و شافعی چنین گفته‌اند و در مذهب احمد یک رأی چنین می‌گوید، استدلالشان این است که ممسک هرچند سبب قتل را فراهم آورده است، مباشر قتل، شخص دیگری است و مباشر در صورتی که مجبور نباشد، غالباً بر سبب اقوی است.

به عقیده‌ی مالک و یکی از آراء مذهب احمد، هر دوی آنان مباشر قتل به شمار می‌آیند اینان می‌گویند، قاتل در قتل مباشرت کرده و ممسک سبب آن را فراهم ساخته است و مباشر و سبب، هر دو در ایجاد نتیجه‌ی عمل یعنی قتل، نقش یکسان دارند، و اگر یکی از این دو نبودند، ممکن نبود این نتیجه به وجود آید.[۱]

اختلاف فقها به این مسئله بر نمی‌گردد که کدام یک معاون و کدام یک مباشر قتل هستند، اینان در تعریف مباشر و معاون اختلاف ندارند بلکه اختلاف در تطبیق قواعدی است که عامل وقوع بزه در این موارد را تعیین می‌کنند، آیا مباشرت سبب قتل شده است و یا سببیت.[۲] خلاصه‌ی قواعد مزبور این است که در صورت اجتماع سبب با مباشر با سه حالت مواجه هستیم:

اول ـ سبب اقوی از مباشر است، این حالت در صورتی پدید می‌آید که مباشرت عدواناً رخ ندهد، مانند ادای شهادت کذب علیه متهم به قتل و محکومیت وی بر مبنای همین شهادت.

---

۱. *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۷؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۴۵؛ *نهایةالمحتاج*، ج ۷، ص ۲۴۴؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۲۳۳.

۲. به شماره‌ی ۳۱۴ به بعد مراجعه کنید.

دوم ـ مباشر اقوی از سبب است، این حالت در صورتی پدید می‌آید که مباشرت از تأثیر سبب جلوگیری کند و تأثیر سبب ضروری نباشد، مانند کسی که دیگری را به درون آبی می‌اندازد که قادر نیست خود را از آن نجات دهد، و نفر سوم از راه می‌رسد و او را می‌کشد.

سوم ـ سبب و مباشر با هم‌دیگر برابرند، این حالت در صورتی پدید می‌آید که تأثیر عمل هر دو یکسان باشد، مانند حالت اجبار به قتل. زیرا مُکرِه مباشر را به حرکت درآورده و به ارتکاب جرم وادار ساخته است. اگر نفر اوّل نباشد، نفر دوم کاری صورت نمی‌دهد و اگر دومی طبق دستور عمل نکند، اجبار به قتل، منتهی نمی‌گردد.

پس در واقع، فقها در تطبیق قواعد اختلاف دارند، زیرا کسی که مجنی‌علیه را نگه می‌دارد (ممسک)، سبب قتل و دومی مباشر در آن است، به عبارت دیگر، سبب با مباشر در یکجا جمع می‌شوند. کسی که نگهدارنده را شریک مباشر می‌داند، مباشرت را با سبب هم‌سنگ محسوب می‌کند و تأثیر هر دو را یکسان می‌شمارد، و کسی که او را شریک سببی به حساب می‌آورد، مباشرت را اقوی از سبب دانسته، عمل ممسک را معاونت در قتل محسوب می‌کند و آن را مباشرت نمی‌شناسد.

مالک در حالت هم‌آهنگی قبلی بر ارتکاب بزه، معاون را شریک مباشر می‌شناسد؛ یعنی از نظر مالک، چنانچه معاون جرم با مباشر قبلاً هم‌فکری کرده‌اند و معاون در محل حادثه یا نزدیک آن، به قدری که اگر از وی کمک بخواهد فوراً بتواند انجام دهد، حاضر باشد، مباشر جرم محسوب است. اگر از پیش تبانی و هم‌فکری نباشد، و یا معاون در محل حادثه حضور به هم رساند، ولی در شرایطی باشد که اگر از او درخواست کمک شود، قادر به کمک‌رسانی نباشد، فقط شریک سببی است. اما بقیه تا وقتی که معاون شخصاً مباشرت نکرده است او را شریک سببی محسوب می‌دارند.

شرط سوم ـ منظور شریک از تهیه‌ی وسایل، وقوع عمل مجرمانه باشد: لازم است که قصد شریک از تبانی و هم‌فکری قبلی، یا تشویق و ترغیب یا معاونت با مباشر، تحقق جرم معینی باشد. اگر مقصودش تحقق جرم معینی نبوده، در هر جرمی که به وجود آید به شرط آن که وقوع آن قابل پیش‌بینی باشد شریک محسوب می‌گردد. اگر مقصود شریک تحقق هیچ جرمی نیست و یا منظورش وقوع جرم خاصی بوده و متهم، بزه دیگری را مرتکب شده است، مشارکت به وجود نمی‌آید، مثلاً کسی که تبر خود را در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا در مزرعه‌اش مورد استفاده قرار دهد و آن کس، شخصی را می‌کشد، صاحب تبر معاون قتل به حساب نمی‌آید. کسی که دیگری را به مضروب ساختن شخصی وادار می‌کند ولی او زراعت آن شخص را از بین می‌برد در بزه اتلاف مزرعه، شریک جرم به شمار نمی‌آید. البته

معاون محسوب نشدن وی به این معنی نیست که به دلیل تشویق و ترغیب به ایراد ضرب مجازات نشود. زیرا ترغیب به ارتکاب جرم، فی‌نفسه جرم محسوب می‌گردد.

۲۶۴. رابطه‌ی سببیت میان مشارکت و جرم: مشارکت زمانی به وجود می‌آید که بین مشارکت و جرم رابطه‌ی سببیت برقرار باشد. اگر مشارکت از طریق "توافق" یا هم‌آهنگی به وجود آمده باشد، واجب است که جرم در اثر همین اتفاق به وجود آید و الا مشارکت محقق نمی‌شود؛ یا اگر مشارکت از طریق ترغیب و تشویق است، باید جرم منظور در اثر همان ترغیب ایجاد شده باشد. اگر در اثر ترغیب به وجود نیاید و یا مباشر تحت تأثیر آن قرار نگیرد، مشارکت برقرار نمی‌شود. هم‌چنین میان معاون و جرم ارتکابی باید رابطه‌ی سببیت برقرار باشد، مثلاً کسی، شخصی را به نقطه‌ی معینی می‌برد تا دیگری او را بکشد ولی قاتل را در وعده‌گاه نمی‌یابد، او را رها می‌کند تا به خانه‌اش برگردد، بعداً متهم از راه می‌رسد وقتی از موضوع اطلاع حاصل می‌کند، مجنی‌علیه را تعقیب و او را در خانه‌اش به قتل می‌رساند در این صورت، معاون به این اعتبار که در قتل مشارکت کرده است مورد بازخواست قرار نمی‌گیرد زیرا میان عمل وی و وقوع جرم، رابطه‌ی سببیت برقرار نیست. البته عدم تحقق مشارکت مانع از آن نمی‌شود که متهم به اعتبار "توافق" و "ترغیب" و "معاونت" مجازات نشود، زیرا آنها خود، گناه محسوب می‌شوند، و قابل مجازات بودنشان به تحقق جرم منظور، متوقف نیست.

۲۶۵. آیا با ترک فعل، مشارکت به وجود می‌آید؟ ابزار مشارکت عبارت‌اند از "توافق، ترغیب و معاونت". هم‌فکری قبلی و تشویق طبیعتاً دو زمینه‌ی ایجابی هستند، و متصور نیست که آن دو به کسی که قبلاً هم‌آهنگی نکرده و یا ترغیب نکرده است، نسبت داده شود. اما معاونت ممکن است از طریق ترک فعل به وجود آید. کسی که می‌بیند عده‌ای در حال سرقت خانه‌ای هستند و ساکت می‌ماند و از عده‌ای که کسی را می‌کشند جلوگیری به عمل نمی‌آورد؛ یا مشاهده می‌کند شخصی، کودکی را که شنا بلد نیست به رودخانه می‌اندازد و مانع این اقدام نشود و طفل را از ماوقع مطلع نسازد، آیا در این مثال‌ها و موارد مشابه، سکوت، معاونت به حساب می‌آید و قابل مجازات است یا خیر؟ غالب فقها، حالت‌های فوق را معاونت محسوب نمی‌دارند؛ هرچند ممکن است از بعد اخلاقی، سکوت را معاونت تلقی کرد. لیکن از لحاظ حقوقی نمی‌توان آن را مشارکت سببی و معاونت بر جرم به حساب آورد. زیرا معاونت قابل مجازات، تفاهم میان معاون و مباشر را اقتضا می‌کند هم‌چنان که اقتضا دارد

مقصود شریک از معاونت تحقق جرم باشد و معاونت سبب ایجاد آن گردد. در مواردی که کسی ناظر به ارتکاب جرم است و فاعل را از انجام‌دادن آن باز نمی‌دارد و سکوت اختیار می‌کند، براساس تفاهم نیست؛ چه بسا در اثر ترس یا بی‌توجهی سکوت کند. هم‌چنان که مقصود وی از سکوت، حدوث جرم نیست و میان آن و تحقق بزه رابطه‌ی سببیت برقرار نمی‌باشد؛ رابطه‌ای که وجود آن برای تحقق معاونت شرط لازم است. برخی از فقها طرف‌دار رأی فوق نیستند و میان کسی که می‌تواند از وقوع بزه جلوگیری کند و کسی که از انجام‌دادن آن ناتوان است، تفاوت می‌گذارند. کسی را که به جلوگیری از جرم یا نجات مجنی‌علیه توانایی دارد و با این‌حال سکوت می‌کند، مسئول می‌شناسند و شریک جرم و معاون متهمان به حساب می‌آورند ولی فرد دوم را به سبب سکوتش مسئول نمی‌دانند و معاون جرم نمی‌شمارند، چون به انجام‌دادن کاری قادر نبوده است زیرا «ان الله لایکلف نفساً الا وسعها».[۱]

۲۶۶. انصراف شریک و اثر آن: اگر شریک از هم‌آهنگی قبلی‌اش با متهم و یا ترغیب و تشویق وی منصرف گردد؛ یا از یاری رسانیدن به متهم خودداری کند و به‌رغم این، جرم منظور به وجود آید در حالت‌های "توافق و یاری نکردن"، معاف دانستن شریک از کیفر جرم آسان است، زیرا آنچه به وجود آمده از عمل شریک ناشی نشده است اما در صورتی که متهم را به ارتکاب جرم ترغیب و تحریک کرده باشد، پذیرفتن معافیت شریک از مجازات آسان نیست، مگر آن که شریک اثبات کند تمام آثار تحریک خود را از میان برده و مباشر جرم، بدون آن که تحت تأثیر تحریک وی باشد دست به جرم زده است. با این همه، این وضعیت مانع نخواهد بود که فرد مزبور به سبب خود "هم‌آهنگی و تبانی قبلی و معاونت یا تحریک"، صرف نظر از جرمی که به وجود آمده است، مجازات شود. هم‌چنان که مانع نمی‌شود اگر معاون فقط یک قدم به سمت ارتکاب جرم برداشته باشد و به شرط آن که همین یک قدم معصیت تلقی گردد، کیفر جرم را متحمل شود.

۲۶۷. مجازات شریک سببی: قاعده این است که مجازات‌های مقدر برای مباشر جرم است، نه برای شریک جرم، رعایت این قاعده ایجاب می‌کند تا مجازات‌های حدود و قصاص درباره‌ی شریک جرم ــ وسیله‌ی مشارکت هرچه می‌خواهد باشد ــ اعمال نگردد، و فقط به مجازات تعزیری محکوم شود.

---

۱. *المغنی*، ج ۹، ص ۵۸۰ و ۵۸۱.

علت اختصاص این قاعده به جرایم حدود و قصاص آن است که این مجازات‌ها به غایت سخت و شدید است و مباشرت نکردن شریک سببی، شبهه محسوب و باعث سقوط حد می‌گردد. به علاوه در هر حال، شریک سببی، جرم سبک‌تری را مرتکب می‌شود و به اندازه‌ی مباشر جرم خطرناک نیست، لذا مجازاتشان هم یکسان نخواهد بود.

اما اگر عمل شریک به گونه‌ای باشد که او را در حکم مباشر قلمداد کند، مانند آن که مباشر آلت دست شریک به حساب آید، در این صورت، شریک مزبور به تحمل مجازات‌های یاد شده محکوم می‌گردد زیرا شریک مباشر است، نه شریک سببی.

قبلاً با نظریه‌ی مالک آشنا شدیم که می‌گفت شریک سببی ـ وسیله‌ی مشارکت هرچه می‌خواهد باشد ـ چنانچه در محل وقوع جرم حضور یابد به نحوی که اگر دیگری جرم منظور را انجام ندهد وی انجام می‌دهد، مباشر جرم به حساب می‌آید. به مقتضای این رأی، هرجا که شریک سببی، شریک مباشر به حساب آید به مجازات حد و قصاص محکوم می‌گردد.

جرایم تعزیر از دو نظر قابل بررسی است:

۱ـ اگر آنها را به جرایم حدود و قصاص قیاس کنیم باید میان مجازات شریک و مباشر تفاوت گذاشت؛ یعنی شریک به مجازات سبک‌تری محکوم گردد. در توجیه این نظر می‌توان گفت که قواعد ناظر بر جرایم حدود و قصاص غالباً همان قواعدی است که بر جرایم تعزیر نیز ناظر است، به علاوه، خطر شریک از مباشر جرم کمتر است و جرم سبک‌تری را مرتکب می‌شود، بنابراین یکسان دانستن آنها بی‌معنا خواهد بود.

۲ـ اگر بگوییم که قاعده‌ی مزبور خاص جرایم حدود و قصاص است و شدت مجازات عامل تفریق شریک مباشر از شریک سببی است، باید قبول کرد که در جرایم تعزیر آن دو از مجازات یکسانی برخوردار شوند. این نظر مقبول نویسنده نیز هست زیرا جرم هر یک از دو شریک، تعزیری است، مجازات نیز تعزیری است، جرایم تعزیری شرعاً از هم‌دیگر متمایز نیستند و برای هر جرمی، مجازات خاصی پیش‌بینی نشده است. قاضی می‌تواند مجازاتی را که با جرم و مجرم متناسب است در حکم خود منظور کند، هم‌چنین مجازات‌های تعزیری غیرثابت‌اند و تا زمانی که مجازات‌ها ثابت نیستند و میزان آنها به اختیار خود قاضی گذاشته شده، مشکل است که برای مجازات مباشر و شریک سببی، حد و مرز شناخت و از سوی دیگر این کار نتیجه‌ی عملی نیز در پی ندارد.

نتیجه‌ای که بر رأی مزبور مترتب می‌گردد این است که گاهی ممکن است مجازات شریک سببی بیشتر از شریک مباشر ـ هم‌چنان که ممکن است کمتر و یا معادل آن باشد.

زیرا غالباً مجازات‌های تعزیری حداقل و اکثر دارند و قاضی با در نظر گرفتن اوضاع و احوال حاکم برمجرم و جرم، میان حداقل و حداکثر مجازاتی را مد نظر قرار می‌دهد، اگر از نظر وی رعایت تخفیف به حال شریک متناسب است، همان را انجام می‌دهد و اگر برعکس، مقتضی است که شدت عمل به خرج دهد، چنین می‌کند. بر این اساس، قاضی می‌تواند مجازات یکی از شرکا را حداکثر و مجازات دیگری را به حداقل برساند، چنانچه اگر اوضاع و احوال اقتضا کند، هر دو را به مجازات یکسان محکوم سازد.

۲۶۸. مسئولیت شریک در مقابل نتایج پیش‌بینی‌پذیر: شریک درمقابل بزه ارتکابی مباشر، مسئولیت دارد؛ هرچند این جرم بسیار شدیدتر از جرمی باشد که مقصود شریک بوده است، به شرط آن که وقوع آن از نتیجه‌ی حاصل از مشارکت محتمل بوده و انتظار تحقق آن در اثر پیدایش جرم منظور ممکن باشد، مثلاً کسی که دیگری را تحریک کند تا نفر سوم را کتک بزند و مجنی‌علیه در اثر ایراد ضرب بمیرد، شریک سببی فقط در مقابل ایراد ضرب مسئول نیست بلکه به اعتبار قتل شبه عمد نیز مؤاخذه می‌شود، زیرا احتمال می‌رود که در اثر ایراد ضرب، مجنی‌علیه بمیرد، و اگر ایراد ضرب به فلج یا قطع عضو منتهی گردد در مقابل قطع عضو یا از بین رفتن منفعت آن مسئول است؛ زیرا تحقق این امور و نتایج ایراد ضرب، قابل انتظار است.

۲۶۹. تأثیر اوضاع و احوال حاکم بر شریک مباشر نسبت به شریک سببی: گاهی مجازات شریک از اوضاع و احوال حاکم بر مباشر متأثر است و گاهی نیست. هم‌چنان که پیشتر بیان شد،[1] مجازات از صفتی که عمل مجرمانه می‌یابد، یا وصفی که مرتکب جرم دارد و قصد او، تأثیر می‌پذیرد.

اما از نظر عمل ارتکابی، چنانچه جرم منظور، مقصود طرفین بوده است، در صورتی که از جرایم تعزیری باشد، شریک، مجازات فاعل اصلی را دارد. اما اگر از جرایم حدود و قصاص به شمار آید به شرحی که قبلاً گفته شد، هر کدام کیفر خاص خود را خواهند داشت.[2] اگر مباشر عملی انجام دهد که مقصود شریک نبوده است، وی به کیفر این عمل محکوم نمی‌شود، مگر آن که تحقق آن برایش محتمل بوده باشد.

اگر مجازات فاعل اصلی به سبب وصفی که دارد شدید یا خفیف یا کلاً قابل اعمال نباشد به حال شریک سودمند نخواهد بود، زیرا آنها به خاصیتی باز می‌گردد که در شریک نیست،

---

۱. به شماره‌های ۲۶۰ و ۲۶۱ مراجعه کنید.

۲. به شماره‌ی ۲۶۷ مراجعه کنید.

مثلاً اگر مباشر جرم، کودک و یا دیوانه باشد، مجازات ندارد ولی شریک کیفر می‌بیند. اگر مباشر از مجرمان به عادت شمرده شود، کیفر سخت‌تری می‌بیند و اگر مباشر کم‌سن و سال باشد، مجازاتش خفیف‌تر خواهد بود.

اصولاً مجازات فاعل جرم با قصد و نیت وی متناسب است و در صورتی که قصد شریک با قصد مباشر متفاوت نباشد به مجازات فاعل اصلی محکوم می‌شود والّا شریک، متناسب با قصد و نیت خود ممکن است به مجازات دیگری محکوم شود.

در هر حال باید مد نظر داشت که در جرایم حدود و قصاص، مجازات شریک از مجازات مباشر و فاعل اصلی متفاوت است.

۲۷۰. اوضاع و احوال حاکم بر شریک: اگر شریک اوصافی دارد که اقتضا می‌کند وصف جرم یا مجازاتی که باید اعمال گردد درباره‌ی وی تغییر یابد، همان کیفر اعمال خواهد شد، مثلاً اگر از مجرمان به عادت به شمار آید، مجازاتش شدید است و اگر کم‌سن و سال است، مجازاتش خفیف و اگر سفیه یا دیوانه است از مسئولیت مبرا است. چنانچه شریک در انجام‌دادن عملی محق است و شخص دیگری را به انجام‌دادن آن تحریک و ترغیب می‌کند، مثل این که او را وا می‌دارد تا فرزند یا شاگردش را تأدیب کند، نسبت به مباشر، عمل ارتکابی جرم است و نسبت به شریک، جرم نیست، زیرا اگر شخصاً آنها را تأدیب می‌کرد، مرتکب جرم نمی‌شد. اگر عمل مباشر از حد تأدیب فراتر رود، شریک فقط به همین میزان مسئول است.

۲۷۱. بررسی تطبیقی: حقوق اسلامی با قوانین عرفی در تعریف مشارکت سببی و شروط آن و وسایل مشارکت و ضرورت وجود رابطه‌ی سببیت بین وقوع جرم و وسیله‌ای که برای مشارکت به کار رفته است، اتفاق نظر دارد.

نظر اسلام در مورد مجازات شرکای جرایم حدود و قصاص با نظریه‌ای که امروزه قانون بلژیک پذیرفته است یکسان است. در این قانون، مجازات شریک از فاعل اصلی جرم کمتر است، ضمن آن که با نظر قانون مصر درمورد قتل عمد هم‌پوشان است.

نظر حقوق اسلامی در مورد مجازات شرکای جرایم تعزیری با نظری که در قوانین جزای مصر و فرانسه درباره‌ی غالب جرایم پذیرفته شده است یکسان می‌باشد. زیرا در این قوانین، مجازات شریک و مباشر یکسان شمرده می‌شود.

نظر اسلام در این باره که اوصاف خاص شریک فقط به حال خود او مفید است و لاغیر با قانون ایتالیا که این اصل را می‌پذیرد، یکسان است.

۲۷۲. مجازات تهیه‌ی وسایل شرکت در جرم چنانچه جرم منظور رخ ندهد: قاعده‌ی کلی این است که مرحله‌ی تصویر جرم و وسوسه‌ی خاطر و قصد انسان به این که چیزی بگوید یا عملی را انجام دهد مجازات ندارد. اساس این قاعده فرمایش پیامبر خدا است. «ان الله عفا لِامتی عمّا وسوست او حدثت به انفسها، مالم تعمل به اوتکلم».

در نتیجه اگر شخصی درخصوص جرم بیندیشد و آن را تصویر کند و برای انجام دادنش تصمیم بگیرد تا وقتی که اندیشه‌ی خود را به مرحله‌ی اجرا نرسانیده است کیفر نخواهد دید؛ اعم از آن که ایجاد جرم به "عمل" صورت بگیرد، مانند ارتکاب آن یا به "سخن و گفتار"، مثل این که به دیگری دستور دهد یا او را به ارتکاب بزه تحریک و یا قبلاً با او تبانی و هم‌فکری کند.

اصل این است که صور و طرق مشارکت یعنی توافق و تحریک و یاری کردن با مجرم، فی‌نفسه جرم محسوب می‌شوند؛ خواه جرم منظور واقع شود و یا به وجود نیاید. این‌ها از دو حیث جرم محسوب می‌شوند: اول ـ شریعت اسلام امر به منکر و هم‌دستی و معاونت در آن را حرام و ممنوع می‌داند و جرایم، از بدترین و بزرگ‌ترین منکرات محسوب می‌شوند. دوم ـ هم‌دستی در جرم و ترغیب و معاونت در انجام‌دادن آن به نتایجی منتهی می‌گردد که شرعاً حرام است. بنابر یک قاعده‌ی اصولی، هر آنچه به حرام منجر شود، خود نیز حرام است.

براین اساس، جایز است کسی که قبلاً در جرمی معاضدت فکری و تبانی کرده یا موجب تحریک متهم در انجام‌دادن آن بوده و یا وی را یاری رسانیده است، کیفر ببیند؛ اعم از آن که جرم منظور رخ بدهد یا به وجود نیاید. در صورت تحقق، شخصی که ترغیب و معاونت کرده یا با متهم در انجام‌دادن جرم اتفاق نظر داشته، شریک به شمار می‌آید و براساس قواعدی که قبلاً بیان شد، کیفر می‌بیند.

بر آنچه گفته شد این نتیجه مترتب می‌گردد که به طور کلی هر نوع تحریک و ترغیب بر ارتکاب جرم، قابل مجازات است، و اتفاق نظر و هم‌آهنگی قبلی بر ارتکاب آن نیز مجازات دارد؛ خواه نتیجه‌ی مورد نظر به دست آید و یا حاصل نشود.

اصل شرعی قابل مجازات بودن "توافق، تحریک و یاری کردن مجرم" به اعتبار این که خود، جرم مستقلی به حساب می‌آیند با اصل دیگر قابل مجازات نبودن قصد و نیت تا زمانی که به مرحله‌ی قول و فعل نرسیده‌اند، کاملاً هم‌آهنگ و سازگار است. کسی که با متهم بر ارتکاب جرم از قبل توافق می‌کند یا او را به ارتکاب آن وادار می‌سازد، قبلاً تصمیم می‌گیرد تا جرم منظور به وجود آید، آن‌گاه نیت و قصد خود را با گفتارش که همان تحریک و هم‌دلی است، آشکار می‌سازد، معاون هم نیت خود را با عمل معاونت آشکار می‌کند و به این

ترتیب، پس از آن که تصویر ذهنی خود را با عمل و گفتارشان پدیدار می‌کنند، شایسته‌ی کیفر می‌شوند.

قوانین وضعی در یکی از دو اصل یاد شده با حقوق اسلامی موافق و در اصل دیگر مخالف است. در این که قصد و نیت تا زمانی که به مرحله‌ی اجرا درنیامده است، قابل مجازات نیست با اسلام هم‌سو هستند، در عین حال که این قاعده را به دقت رعایت نمی‌کنند، زیرا استثناهایی را مدنظر قرار داده‌اند، مثلاً برای جرایم عمدی که با سبق تصمیم رخ می‌دهد مجازات شدیدتر و برای جرایم عمدی که بدون سبق تصمیم رخ می‌دهند مجازات خفیف‌تری پیش‌بینی شده است. معنای تفکیک این است که قوانین وضعی، قصد و نیت را مستقلاً مجازات‌پذیر می‌دانند. اما اسلام این قاعده را بدون هیچ استثنایی و به دقت رعایت می‌کند. در اصل دوم، قوانین با شریعت هم‌سو نیست؛ زیرا "توافق، تحریک و یاری‌کردن مجرم" را زمانی مجازات‌پذیر می‌دانند که جرم منظور واقع شود؛ خواه به صورت کامل یا ناقص. البته این قاعده را در موارد عدیده‌ای ندیده گرفته‌اند و هم اکنون تبانی و هم‌فکری مجرمانه را به عنوان یک جرم مستقل کیفر می‌دهند؛ حتی اگر جرایم منظور واقع نشوند و یا به مرحله‌ی شروع در نیایند، از این قبیل است حکم مادّه‌ی ۴۷ از قانون جزای مصر. این گرایش جدید به معنای پذیرفتن نظریه‌ی اسلام است و نشان می‌دهد که اسلام منطقاً دقیق و برای رفع احتیاجات جامعه شایسته‌تر است. از حیث منطقی، توافق و تحریک و معاونت یا ذاتاً حرام است یا حرام نیست، اگر حرام باشد، مجازاتش واجب است؛ خواه جرم منظور به وجود آید و یا محقق نشود و اگر حرام نباشد، معنایی نخواهد داشت که پس از وقوع جرم، مجازات داشته باشد، زیرا قابل کیفر بودنشان به این معنا خواهد بود که عمل مباح و مشروعی کیفر داشته باشد. دیگر آن که جرم از طرف کسی سر زده است که از آزادی اراده برخوردار بوده و سره را از ناسره تشخیص می‌داده است و بنابر این، کسی جز او مسئول نخواهد بود. به علاوه در این صورت کسی که هم‌آهنگی یا تحریک و یا معاونت کرده است غیر از "توافق و ترغیب و یاری‌کردن"، کار دیگری انجام نداده است و فرض شد که این اعمال فی‌نفسه حرام نبوده‌اند.

از لحاظ رعایت منافع جامعه نیز نظریه‌ی شریعت بر حفظ نظام جامعه و جلوگیری از گسترش جرم مؤثر است. بهترین دلیل این ادعا همان است که در قوانین وضعی، حداقل در دوران اخیر، نظریه‌ی اسلام را درباره‌ی تبانی و دسته بندی‌های جنایی پذیرفته است.

بخش سوم

عنصر معنوی جرم

۲۷۳. موضوع بحث: در این بخش از دو موضوع سخن گفته خواهد شد: اول ـ مسئولیت کیفری؛ دوم ـ رفع مسئولیت کیفری که برای هر یک فصل خاصی در نظر گرفته شده است.

فصل اول

مسئولیت کیفری

۲۷۴. موضوع بحث: در این فصل از مبنا، محل، سبب و درجات مسئولیت کیفری سخن خواهد رفت و بعد به موضوعاتی مثل قصد جنایی یا سوءنیت، تأثیر جهل و خطا و فراموشی بر مسئولیت و رضایت مجنی‌علیه بر مسئولیت و اعمال مرتبط با جرم و وابستگی آنها به مسئولیت پرداخته خواهد شد به طوری که هر موضوع به عنوان یک مبحث مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

مبحث اول: مبنای مسئولیت کیفری

۲۷۵. بررسی تاریخی مسئولیت کیفری ـ اولاً، در قوانین وضعی: در قرون وسطی و پیش از انقلاب فرانسه، در قوانین وضعی برای انسان و حیوان و جماد مسئولیت لحاظ شده بود. اجسام بی‌جان و حیوانات مقابل اعمال زیان‌باری که به آنها نسبت داده می‌شد، کیفر می‌شدند، هم‌چنان که انسان هم در مقابل ارتکاب اعمال ممنوع کیفر می‌دید. اموات مانند زندگان در معرض عقوبت بودند و فوت متهم، او را از محاکمه و مجازات معاف نمی‌ساخت. یک فرد، تنها در مقابل اعمال خود مسئول نبود، بلکه بازاء عمل دیگران هم مورد مؤاخذه قرار می‌گرفت؛ هرچند به آن عمل آگاه نبود و به مرتکب آن تسلط و اقتداری نداشت. مجازات نه تنها خودِ بزه‌کار بلکه خانواده و دوستانش را در بر می‌گرفت، و به آنان همان‌قدر زیان می‌رسانید که در مورد خود او و درحالی‌که آنان از جرم ارتکابی وی مبرا بودند.

هرکسی در مقابل عمل خود مسئولیت کیفری داشت؛ اعم از آن که انسان کبیر و کامل بود یا کودک ممیز و یا طفل غیرممیز قلمداد می‌شد؛ اعم از آن که از آزادیِ اراده و اختیار برخوردار بود یا مسلوب‌الاراده؛ از درک و شعور بهره‌مند بود یا فاقد آن به حساب می‌آمد.

اعمال ممنوع از قبل اعلام نمی‌شد، و مردم قبل از مؤاخذه از ممنوعیت آنها اطلاعی نداشتند. اغلب مجازات‌هایی که اعمال می‌گشت معین نبود، انتخاب و تعیین میزان مجازات به عهده‌ی قضات بود. یک فرد عملی را انجام می‌داد که ممنوع نبود ولی چه بسا صاحبان قدرت او را به سبب همان عمل کیفر می‌دادند؛ هرچند تا آن تاریخ هیچ کس بر اثر آن عمل کیفر نشده و ممنوعیت آن اعلان نگشته بود. برای مجازات یک عمل حکم‌های متفاوتی صادر می‌شد که با یکدیگر تفاوت‌های فاحشی داشتند؛ زیرا انتخاب نوع کیفر و میزان کمی آن به عهده‌ی قاضی گذاشته شده بود و به هر میزان که مایل بود، بدون هیچ قیدوشرطی می‌توانست آن را در حکم خود منظور سازد.

این‌ها برخی از اصول قدیم و پوسیده‌ی قوانین وضعی بود. این اصول از نظریه‌ی "مسئولیت مادی" که بر قوانین وضعی حاکم بود و صرفاً ارتباط فیزیکی بین جرم و مجرم، و پیوستگی مجرم با دیگر اعضای خانواده و وابستگان را در نظر داشت، نشئت می‌گرفت. در این زمینه تصورات ذهنی مجرم، قدرت وی بر تفکر، تمیز خوب از بد، اختیار وی، انگیزه‌ی گرایش او به ارتکاب جرم و تأثیر این امور در وقوع بزه و شخص مجرم به حساب نمی‌آمدند.

این اصول تا انقلاب فرانسه (رنسانس) پابرجا بود. در نتیجه‌ی رنسانس، وضعیت ستم‌بار گذشته از هم گسیخت و اصول جدید جایگزین اصول قدیمی و گذشته شد که بر عدالت استوار بود و درک و آزادی اراده را مبنای مسئولیت کیفری می‌دانست. در اثر همین تحول، فقط "انسان زنده" شایستگی آن را یافت که موضوع مسئولیت کیفری قرار بگیرد. مجازات‌ها شخصی شد و تنها مجرم را در بر می‌گرفت و کسانی را که در ارتکاب بزه دخالت نداشتند، شامل نمی‌شد. از اطفال غیرممیز مسئولیت برداشته شد و برای کودکان ممیز نیز مجازات‌های ساده‌ای در نظر گرفتند، شخصِ مجبور و فاقد اراده از مسئولیت مبرا گشتند. اصل قانونی بودن جرم و مجازات و این که اعمال ممنوعه فقط پس از انتشار قوانین ناظر به آنها مجازات دارند، از قواعد اساسی و پایه‌ای قوانین وضعی به شمار آمدند. آزادی عمل قضات در انتخاب کیفر و تعیین مقدار آن محدود گشت.

ثانیاً ـ در حقوق اسلامی: هر کسی که از حقوق اسلامی شناخت بسیار جزئی هم داشته باشد می‌تواند با اطمینان و به ضرس قاطع مدعی شود که تمام قواعد جدید که تا قرن ۱۹ و

اوایل قرن بیستم برای قوانین وضعی ناشناخته بود، حقوق اسلامی آنها را از نخستین روزهای پیدایششان مورد شناسایی قرار داد و جزو قواعد مبنایی‌اش به شمار آورد.

شریعت اسلام، تنها انسان زنده را مسئول می‌شناسد و چون بمیرد، تکالیف از او ساقط می‌گردد و مسئول شناخته نمی‌شود.

کودکان را از مسئولیت مبرا می‌شناسد، جز زمانی که به حد بلوغ و احتلام برسند. خداوند می‌فرماید: «و آن گاه که اطفال شما به حد بلوغ و احتلام رسیدند، باید مانند سایر بالغان البته با اجازه وارد شوند...» (نور، ۵۹) و پیامبر (ص) در این زمینه می‌فرماید: «سه گروه از مسئولیت مبرا هستند، کودکان تا زمان احتلام؛ کسانی که در حال خواب‌اند تا بیدار شوند؛ و مجنون تا زمانی که افاقه حاصل کند».

حقوق اسلامی، شخص بدون اراده و مجبور را مؤاخذه نمی‌کند خداوند می‌فرماید: «... الا من اکره و قلبه مطمئن بالایمان» (نحل، ۱۰۶) و پیامبر (ص) نیز می‌فرماید: «امت من در مقابل خطا و فراموش‌کاری و حالت اجبار مسئولیت ندارند».

از قواعد اساسی حقوق اسلامی اصل شخصی بودن مسئولیت و مجازات است. خداوند می‌فرماید: «الا تزر وازره وزر اخری، و ان لیس للانسان الاماسعی» (نجم، ۳۸ و ۳۹) انسان فقط در مقابل جرم ارتکابی خود مسئولیت دارد و دیگران هر نوع قرابتی که با مجرم داشته باشند به سبب جرم وی مؤاخذه نمی‌شوند.

یکی دیگر از قواعد اساسی اسلام، این است که هر عملی مباح و مجاز است و انجام‌دادنش مجازات ندارد؛ تا زمانی که قانوناً منع شود. بعد از اعلام ممنوعیت نیز فقط پس از آگاهی به حرمت، مجازات اعمال می‌گردد و پیش از اطلاع، مشمول فرمان خداوند است که می‌فرماید: «عفا الله عما سلف».

در حقوق اسلامی، قضات در مورد جرایم حدود و قصاص فاقد آزادی عمل هستند اما در جرایم تعزیری از آزادی محدود و مقیدی بهره می‌برند. آنها می‌توانند از میان مجازات‌ها کیفری را انتخاب کنند؛ یا اگر مجازات حداقل و حداکثر داشته باشد، میزان آن را با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر جرم و واقعه‌ی مجرمانه تعیین کنند، در هر حال نمی‌توانند، مجازاتی را که قانون پیش‌بینی نکرده است در حکم خود منظور دارند و از حد مقرر قانونی، مجازات را بیشتر یا کمتر کنند.

این قواعد تازه که در قوانین عرفی فقط در قرن پیش مورد شناسایی قرار گرفته، حقوق اسلامی ۱۲ قرن پیش به رسمیت شناخته است. حقاً دردآور است که حقوق‌دانان کشورهای اسلامی به این حقایق اولیه آشنا نیستند، و از نادانی چنین خیال می‌کنند که آنها برای اولین بار قوانین عرفی را ایجاد کرده‌اند.

۲۷۶. نظریه‌ی مسئولیت کیفری و مبانی آن بر اساس حقوق اسلامی: بدیهی است که جرایم عبارت‌اند از فعل یا ترک فعلی که مجازات دارد، زیرا انجام‌دادن یا ترک آنها نسبت به نظام جامعه یا عقاید مردم، یا سلامت اشخاص، یا دارایی، یا نوامیس یا عواطف آنها و ملاحظات دیگری که با منافع افراد یا جامعه و نظام آن در تصادم باشد، زیان‌بار است. جرایم علیه اشخاص نیز در نهایت علیه جامعه و نظام آن است و ممنوعیت هر جرمی برای حفظ منافع جامعه و نظام آن در نظر گرفته می‌شود، و غرض و مقصود از مجازات آنها نیز حمایت از منافع جامعه و نظام آن است.[1]

اعمال ممنوعه از آن رو ممنوع نیستند که ذاتاً زیان‌بار هستند زیرا برخی از این اعمال مفید هستند و نفعی را عاید مرتکب می‌سازند، مانند سرقت، خیانت در امانت و رشوه که در ارتکاب آنها متهم به نفع مالی می‌رسد و در زنا، متلذذ گشته، اطفای شهوت می‌کند و در قتل، انتقام می‌کشد و در اثر آن، احساس می‌کند لکه‌ی ننگ را از پیشانی خود شسته و جان خود را از کینه رها ساخته است. پس یک سلسله منافع حتمی وجود دارد که از ارتکاب بزه عاید بزه‌کار می‌شود، لیکن این منافع که متهم به آنها دست می‌یابد به فساد جامعه منجر گشته و برای سلامت نظام آن جامعه زیان‌بار است. به دلیل این نتایج است که این اعمال به منظور حمایت مردم و جامعه در مقابل فساد و تباهی حمایت شده که خطر انحلال و فروپاشی نظام جامعه را در پی دارد، ممنوع می‌شوند.

برخی از اعمال ممنوعه طبیعتاً جرم و مذموم هستند، مانند سرقت و زنا که با اخلاق فاضله منافات دارند، و برخی از اعمال فاقد چنین ویژگی‌ای هستند. منع آنها از سوی شارع به دلیل نفی شرافت انسان و اخلاق نیست، بلکه ممنوعیت آنها از آن رو است که مجاز بودنشان به زیان جامعه تمام می‌شود، مانند ممنوعیت حمل سلاح و ممنوعیت انتقال بیمار وبایی از محل تعیین شده به نقطه‌ای که آمادگی مبارزه با آن بیماری وجود ندارد و ممنوعیت خودداری از کسب دانش (آموزش اجباری) و مانند این قبیل اعمال که برای حفظ مصالح جامعه و دفع ضرر از آن ممنوع می‌شوند.

چون ارتکاب جرایم برای مصلحت جامعه ممنوع می‌شود، اعمال مجازات نیز پشتوانه‌ی این حمایت است و از اعمالی که به منافع جامعه و نظام آن زیان می‌رساند جلوگیری می‌کند. چون در حمایت جامعه از جرم و بزه کاری، مجازات بهترین وسیله به حساب می‌آید، هم‌اکنون کیفر یک ضرورت اجتماعی قلمداد می‌گردد که چاره‌ای جز اعمال آن نیست. هر

---

۱. به شماره‌ی ۴۳ مراجعه کنید.

وسیله‌ی دیگری که بتواند جامعه را در مقابل بزه و بزه‌کاری حمایت کند، جایگاه مجازات را پیدا می‌کند.

چون مجازات یک ضرورت اجتماعی است پس باید به اندازه‌ی نیاز اعمال گردد و صحیح نیست که بیش از مقداری که جامعه را حمایت می‌کند و زیان بزه‌کاری را از میان می‌برد اعمال شود، هم‌چنان که صحیح نیست کمتر از مقدار مورد نیاز هم باشد.

مجازات زمانی سبب تضمین مصلحت جامعه می‌شود که از افراط و تفریط به دور بوده و وقتی از افراط و تفریط به دور است که واجد ارکان و عناصر ذیل باشد:

۱ـ به قدری باشد که مجرم را تأدیب کند و او را از تکرار جرم بازدارد و به طوری پیش‌بینی شود که قاضی بتواند آنچه را با شخصیت بزه‌کار متناسب است و او را متنبه می‌سازد و از تکرار بزه باز می‌دارد، انتخاب و در حکم خود منظور کند. این خصیصه اقتضا می‌کند تا مجازات‌ها متنوع باشد، یک جرم بیش از یک مجازات داشته باشد، برای مجازات‌ها حداقل و حداکثر پیش‌بینی شود؛ تا قاضی بتواند مجازات متناسب را انتخاب و میزان آن را در فاصله‌ی حداکثر و حداقل تعیین کند.[1]

۲ـ برای بازداشتن دیگران از ارتکاب بزه کافی باشد؛ به نحوی که اگر شخصی درباره‌ی جرم و مجازات آن بیندیشد، بفهمد که ضرر مجازات آن بیشتر از نفعی خواهد بود که ممکن است از جرایم عاید او گردد. این خصیصه اقتضا می‌کند تا انواع مجازات‌ها و میزان آنها به کیفیتی باشد که از ارتکاب بزه، تنفر حاصل شود.

۳ـ با جرم متناسب باشد؛ یعنی به اندازه و هم‌سنگ جرم، مجرم کیفر ببیند، مثلاً صحیح نیست که کیفر گردنه‌گیری و قطاع‌الطریقی با مجازات سرقت عادی یکسان باشد؛ یا کیفر قتل عمد با کیفر قتل غیرعمد برابر گردد. اسلام دست سارق را قطع می‌کند ولی زبان قاذف را به دلیل قذف نمی‌برد و در کیفر زنا، زانی را اخته نمی‌کند. در قتل عمد، قصاص پیش‌بینی کرده ولی در اتلاف اموال، مقابله به مثل را منظور نداشته است.

۴ـ به شکلی پیش‌بینی شود که هر کس جرمِ موضوعِ آن را انجام دهد نتواند از کیفر فرار کند، مثلاً مرتکب به سبب موقعیت اجتماعی یا شخصی‌اش و یا سایر ملاحظات از کیفر آن معاف نباشد.

اگر مجازات واجد ارکان فوق باشد، کیفر نرمال و معقول به حساب می‌آید و فقط بر بزه‌کاری اعمال می‌گردد که با آزادی اراده و هوشیارانه دست به ارتکاب بزه زده باشد.

---

۱. اسلام به جز در جرایم حدود و قصاص از این شیوه پیروی کرده است. علت آن در شماره‌های ۳ الی ۵ جلد دوم همین اثر بیان شده است.

چنانچه مجرم آزاد نبوده یا هوشیارانه عمل نکرده باشد، به عنوان یک قاعده‌ی عمومی، کیفر نمی‌شود، مثلاً دیوانه اگر کسی را بکشد، قصاص نمی‌شود، و چنانچه زنا کند و محصن نباشد، شلاق نمی‌خورد؛ هم‌چنین است کودک غیرممیز. ممنوعیت اعمال این مجازات‌ها موجب منع جامعه نمی‌شود که برای حمایت از خود وسایل و طرقی را که مناسب و کافی تشخیص می‌دهد برای نظارت بر مجرمانی از این دست مورد استفاده قرار دهد. اگر نتوان طفل غیرممیز را قصاص کرد، ممکن است در محلی حبس یا به مراکز اصلاح و تربیت فرستاده شود و اگر مجازات مجنون مقدور نیست، ممکن است که به منظور حمایت جامعه او را در تیمارستان نگهداری کنند و همین طور که اگر مجازات مجرم با کیفرهای قانونی مقدور نباشد و جلوگیری از شر وی و حمایت جامعه از او، ضرورت داشته باشد، جامعه حق دارد برای حمایت از خود و دفع شر او به اقدامات دیگری دست بزند، مثلاً وی را در اختیار اندرزگاه یا بیمارستان یا مؤسسه‌ی آموزشی برای مدت نامحدود یا محدود قرار دهد و تا زمانی که حالش بهبود یابد و یا اطمینان حاصل شود که حالت خطرناک خود را از دست داده است، آزاد نشود. شریعت از این اقدامات، به "تعزیرات" تعبیر می‌کند که مجازات‌های خاص به حساب می‌آیند که اساساً حمایت از جامعه مقصود آنهاست؛ هرچند متضمن اصلاح و تنبه مجرم نیز هست. هم‌چنان که در خصوص اطفال چنین است.

فقها در این که چرا شرط استحقاق مجازات، اختیار داشتن و آزادی اراده در مجرم است می‌گویند خداوند، بندگانش را بیافرید و مرگ و حیات را به وجود آورد و برای آنان اسباب آزمایش و ابتلا را هم در ذات و نفس آنان و هم در جهان بیرون فراهم ساخت. در خود آنها عقل و گوش و چشم و اراده، شهوت، توانمندی، غرایز، حب و بغض، میل و نفرت قرار داد و اخلاق متضاد و ناهم‌گونی در درون افراد به ودیعه نهاد که به اقتضای سبب و مسبب، هر کدام آثار خاص خود را می‌طلبند. در بیرون از اشخاص، منافع و اموری قرار داد که انسان‌ها بدان کشش دارند و در وصول به آنها رقابت می‌کنند، هم‌چنان که امور دیگری آفریده است که انسان از آن متنفر است و به قصد دوری و اجتناب از آنها تلاش می‌کند. خداوند بزرگ آدمیان را با همین خصلت‌ها و انگیزه‌ها به حال خود رها نساخته است، بلکه در فطرت و عقل آنان قدرت شناخت خیر و شر و نفع و ضرر و درد و لذت، و ابزار این شناخت را، به ودیعه گذارده است و البته در این مرحله نیز آنان را رها نکرده است، بلکه با فرستادن پیامبران، انسان‌ها را به جزئیات این امور آشنا ساخته و با اقامه‌ی دلایل و براهین بر صداقت انبیا، راه هرگونه بهانه‌جویی را برای مردم مسدود کرده است؛ تا هر آن که هلاک‌شدنی است هلاک شود و آن که شایسته‌ی زندگی است زنده بماند. با وعده و وعیدها و تشویق و

تهدیدها و ارائه‌ی مثال‌هایی، هرگونه شک و تردید را از میان برداشته است و به انسان‌ها برای انجام‌دادن آنچه دستور داده و ترک آنچه نهی کرده در عالی‌ترین درجه، قدرت و امکان بخشیده و در این جهت با انواع وسیله و سبب به کمک آنان شتافته است و آنها را بر عصیان غرایزشان تسلط داده به تفکر و چاره‌اندیشی و پیروی از آنچه عقلشان حکم می‌دهد راه‌نمایی کرده است. با آنچه از زبان پیامبرانش به آنان ابلاغ کرده، مانند: اسباب کیفر و ثواب، بشارت و اندرز و تشویق و تهدید، دینشان را کامل و نعمتش را بر آنان تمام کرده است. این امور را بر انسان‌ها محقق و ثابت کرده و برخی از آنها را در همین جهان پیش روی انسان نهاده است تا دلیل و اماره‌ای باشد بر آنچه در جهان آخرت پدیدار خواهد شد؛ تا جهان "عاجل" یادآور آخرت "آجل" گردد. از حکمت خداوند این است که بر مردم چیزی را حرام و ممنوع دانسته است که به عقل یا جسم یا اموالشان زیان‌بار است و یا جامعه اغراضشان را در معرض خطر قرار می‌دهد، و برای این امور مجازات‌هایی را در نظر گرفته است که جلوی اغراضشان را سد می‌کند و از دشمنی دشمنانشان باز می‌دارد و آنها را از ستمگری مانع می‌شود، پس اگر این فرامین را بشنوند و اطاعت کنند، زیان نمی‌بینند، و چنانچه نافرمانی کنند، شایسته‌ی عقوبت و کیفر خواهند بود. انسان‌ها بعد از آن که به اعمال ممنوع و مجازات آنها مطلع شدند و مع‌الوصف با اراده و اختیار خود آنها را انجام دادند، از آنان هیچ عذر و بهانه‌ای مسموع نخواهد بود.[1]

اما کسی که عاقل و مختار نیست مجازات ندارد، زیرا کسی به انجام‌دادن فعل یا ترک آن مکلف می‌شود که بتواند امر و نهی را بفهمد، و مخاطب در صورتی چنین است که عاقل باشد. هم‌چنین در صورتی که به ارتکاب فعل حرام مجبور شده است، ممکن نیست جرم سرپیچی از دستور قانون‌گذار بر وی مترتب گردد.[2] در ذیل نمونه‌ای از آنچه را فقها در تعلیل عدم مجازات مجرم در دو حالت فوق بیان کرده‌اند پیش روی خواننده قرار می‌گیرد. ابوالحسن آمدی صاحب کتاب الاحکام فی اصول الاحکام در این زمینه می‌نویسد:[3] عقلای جهان متفقاً قبول دارند که مکلف[4] باید عاقل باشد و تکلیف را بفهمد، زیرا تکلیف، مخاطب قراردادن کسی است.

بنابر این، خطاب بر کسی که مانند جمادات و چهارپایان عقل و فهم ندارد، محال است.

---

۱. اعلام الموقعین، ج ۲، ص ۲۱۴ و ۲۱۶.

۲. المستصفی غزالی، ج ۱، ص ۸۳، ۸۴ و ۹۰. فواتح‌الرحموت، ج ۱، ص ۱۴۳ به بعد و ص ۱۶۶؛ اصول‌الفقه خضری، ص ۱۰۹ به بعد.

۳. ج ۱، ص ۲۱۵ به بعد.

۴. مکلّف شخصی است که امر و نهی متوجه اوست.

«کسی‌که اصل خطاب را می‌فهمد ولی بر فهم جزئیات آن ناتوان است، مثلاً این که خطاب، امر است یا نهی، ثواب و عقاب دارد یا ندارد، دستوردهنده خداوند است و واجب‌الاطاعه و مأمور این صفت یا آن صفت را دارد و از این قبیل، مانند مجنون و طفل غیرممیز چنین شخصی نسبت به جزئیات خطاب در حکم جمادات و حیوانات است، و مکلف دانستن وی مشکل است، مگر به موجب رأی کسی که تکلیف بمالایطاق را، مجاز می‌شمارد. زیرا مقصود از تکلیف هم‌چنان که با فهم اصل خطاب، به دست می‌آید، به فهم جزئیات آن نیز متوقف است.»

اما طفل ممیز هرچند، چیزی را می‌فهمد که طفل غیرممیز از فهم آن عاجز است، با این همه از فهم کامل آنچه یک انسان عاقل می‌فهمد ناتوان است، مانند فهم وجود خداوند متعال و این که به انجام دادن عبادت مکلف است و فهم این که رسول صادق از طرف خداوند فرستاده شده است، و امور دیگری که مقصود از تکلیف به آنها متوقف است. پس طفل ممیز نسبت به غیرممیز از نظر عدم وجود شرط تکلیف، مانند طفل غیر ممیز است نسبت به چهارپایان.

اگر کودک به حالت بلوغ نزدیک شود به نحوی که بین آن حالت و حالت بلوغ یک لحظه بیشتر فاصله نباشد، هرچند فهم و درک یک لحظه بعدش که تکلیف می‌آورد یکسان است، از آنجاکه عقل و فهم او پنهان است و به تدریج ظاهر می‌شود، و ضابطه‌ی قطعی برای شناساندن آنها وجود ندارد، شارع مقدس، سن بلوغ را ضابطه تعیین کرده و تکلیف و پیش از بلوغ را ساقط دانسته است. دلیل این ادعا سخن پیامبر (ص) است که می‌فرماید: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبی حتی یبلغ، و عن النائم حتی یستیقظ و عن المجنون حتی یفیق».

به این ترتیب، کسی که از مورد تکلیف غفلت دارد و مستی که عقل خود را از دست داده است در حالت فراموشی و مستی مخاطب و مکلف به حساب نمی‌آید، زیرا وی در این حالت از فهم خطاب مقنن و درک مقصود او و زیان‌ها و نتایجی که عمل وی در پی دارد از طفل ممیز عاجزتر است.

حکم کسی که به ارتکاب حرام مجبور می‌شود به حدی که قادر به انجام‌ندادنش نباشد، در این که در ایجاد یا عدم آن تکلیف دارد یا خیر، اختلافی است. حق آن است که اگر اجبار به حد "ناچاری" برسد و عملی که از او سر می‌زند مانند ارتعاش خود به خودی اعضای بدن باشد، مکلف دانستن او در ایجاد فعل حرام یا عدم آن جایز نیست، مگر آن که تکلیف بمالایطاق پذیرفته شود. اگر هم این نوع تکلیف از حیث عقلی جایز باشد از حیث روایتی ممتنع است زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «رفع عن امتی الخطاء و النسیان و ما استکر هوا

علیه» مراد آن است که مؤاخذه ندارد. اما اگر اجبار به حد ناچاری نرسد، مختار محسوب می‌شود و تکلیف به او عقلاً و شرعاً جایز است.

از آنچه درباره‌ی نظریه‌ی مسئولیت کیفری در حقوق اسلامی بیان گردید، آشکار می‌شود که این نظریه بر دو پایه استوار است:

پایه‌ی اول: برای حمایت از جامعه و حفظ نظام و امنیت آن، مجازات کردن ضروری می‌نماید، در نتیجه، کیفر یک ضرورت اجتماعی است که مقتضای اعمال آن جامعه است و این که هر ضرورتی باید به قدر نیاز مورد استفاده قرار گیرد. اگر مصلحت جامعه شدت مجازات را اقتضا کند، مجازات شدید می‌شود، و اگر مصلحت جامعه بر تخفیف آن باشد در مجازات تخفیف داده می‌شود. اگر مصلحت جامعه اقتضا کند که مجرم از جامعه طرد شود، همان خواهد شد؛ حال یا اعدام می‌شود یا در حبس می‌ماند تا بمیرد و یا اصلاح گردد.

پایه‌ی دوم: کسی که عاقل و مختار است به مجازات قانونی محکوم می‌شود. چنانچه عاقل و مختار نباشد، مسئولیت ندارد در نتیجه مجازات نمی‌شود. در عین حال جامعه می‌تواند به قصد حمایت از خود از زیان‌های چنین افرادی، وسیله‌ای را که به حال وی در جامعه مناسب باشد مورد استفاده قرار دهد؛ هرچند وسیله‌ی مزبور مجازات به حساب آید، ولی تا زمانی که به حال او مناسب باشد، انتخابش مانعی ندارد.

۲۷۷. نظریه‌ی مسئولیت کیفری در قوانین وضعی: حقوق اسلامی، نظریه‌ای راکه توضیح داده شد از ۱۳ قرن پیش اعلام کرده است و نظریه‌ی دیگری در این زمینه ندارد اما در قوانین وضعی در این خصوص بیش از یک نظریه مورد شناسایی قرار گرفته است. پیش از انقلاب فرانسه، مسئولیت کیفری فقط براساس سیاست مادی تعیین می‌شد، مقتضای این نظریه آن بود که هر جرمی مجازات دارد و فاعل آن هر کس که باشد، کیفر ببیند و کیفیات و حالات نفسانی مجرم، مورد توجه قرار نگیرد. به پیروی از این نظریه، انسان، حیوان و جماد و زندگان و مردگان و کودکان و مجانین، کیفر می‌دیدند.

پس از انقلاب فرانسه، مسئولیت کیفری بر مبنای حدود اختیار انسان قرار داده شد. این مکتب را مکتب تقلیدی (مکتب کلاسیک) می‌نامند که به طور خلاصه بر آن است که تنها کسی که از عقل و اختیار بهره‌مند است مسئولیت کیفری دارد، چون دو صفت یاد شده فقط در انسان یافت می‌شود و انسان پس از رسیدن به سن معینی می‌تواند، خیر و شر را تشخیص دهد و میان آنها به انتخاب دست بزند، پس وی مخاطب اوامر و نواهی مقنن است. اگر با عقل و اختیار با قانون‌گذار مخالفت کند، عادلانه خواهد بود که به سبب این سرپیچی، کیفر

ببیند، بنابر این اساس مسئولیت، عقل و اختیار است و کیفر برای تضمین دستور قانون‌گذار و به عنوان پاداش عادلانه در مقابل قانون‌شکنی وضع می‌شود.

پس از مکتب کلاسیک، مکتب تحققی (مذهب وضعی) به وجود آمد. این مکتب جبری است و به طور خلاصه بر آن است که مجرم در ارتکاب بزه آزاد نیست، بلکه آن را تحت تأثیر عواملی انجام می‌دهد که خود وی در آنها دخالت ندارد، مانند عامل وراثت، عامل محیط و تربیت و وضعیت جسمانی و چون مجرم در ارتکاب بزه مجبور است براساس مکتب کلاسیک مجازات او جایز نیست. اما اگر مجازات وسیله‌ای برای دفاع از جامعه به حساب آید، مجازات مجرم مقدور است. به موجب مکتب تحققی، مجرم شایسته‌ی مجازات است؛ اعم از آن که مختار باشد یا مجبور؛ عاقل باشد یا مجنون. البته مجازات مجرمان بر حسب سن و میزان بهره‌مندی آنها از نعمت عقل مختلف خواهد بود. پاره‌ای از قوانین از جمله قانون جزای ۱۹۲۶ شوروی از این مکتب پیروی کرده‌اند ولی بیشتر دولت‌ها آن را نپذیرفته‌اند.

بعدها مکتب جدیدی به وجود آمد که هدفش تلفیق دو مکتب تحققی و کلاسیک بود که با عنوان مکتب اختیار نسبی (مکتب التقاطی) معروف است. طرف‌داران این مکتب عقاید مکتب کلاسیک را می‌پذیرند. زیرا هرچند که آزادی انسان با عوامل متعددی محدود شده باشد باز هم در ارتکاب جرم، اراده‌ی وی دخالت دارد. این مکتب اندیشه‌ی جدیدی را بر نظریات مکتب کلاسیک افزود و به مقنن حق داد که برای حمایت جامعه از جرایم اشخاصی که به دلیل عدم عقل و اختیار، قابل مجازات نیستند اقدامات تأمینی خاصی را که با حالات آنان متناسب باشد اتخاذ کند، این مکتب هم‌اکنون در قوانین وضعی حاکمیت دارد.[۱]

ملاحظه می‌شود که مکتب قانونی اخیرالذکر به نتایجی منتهی می‌گردد که حقوق اسلامی دارای آنها است با این وجه افتراق که نظریه‌ی اسلامی از حیث منطقی دقیق‌تر و از لحاظ ساختاری برتر است. شریعت اسلام مجازات را یک ضرورت اجتماعی و وسیله‌ای برای حمایت جامعه می‌شناسد و در رعایت این وسیله بین شخص مختار و عاقل و شخص فاقد اراده و عقل تفاوت می‌گذارد، اما مکتب قانونی، اساس مجازات را مخالفت امر مقنن و تحقق عدالت می‌شمارد. این اساس از مکتب کلاسیک اتخاذ شده است، که از حیث منطقی با مجازات کسی که مسئول نیست در تعارض قرار دارد، زیرا با ضد خود هم‌راه است؛ چه، آن که نمی‌توان گفت کسی که فاقد ادراک و اختیار است از قانون سرپیچی کرده باشد و اگر از

---

۱. علی بدوی، *القانون الجنائی*، ص ۳۳۰ و ۳۳۵. برای مطالعه‌ی مکاتب التقاطی مراجعه شود به: *کلیات حقوق جزا*، تألیف مرتضی محسنی، ص ۲۳۷ به بعد.ـ م.

قانون سرپیچی نکرده است، عادلانه نخواهد بود که بآی نحوکان مورد مؤاخذه قرار بگیرد. حقوق اسلامی هرچند مسئولیت کیفری را بر مبنای عقل و اختیار قرار می‌دهد و عاقل مختار چنانچه از امر شارع سرپیچی کند، مسئول، و شخص فاقد اراده و اختیار را غیرمسئول می‌شناسد در عین حال مجازات را یک ضرورت اجتماعی و وسیله‌ای برای حمایت جامعه قلمداد می‌کند. همین ویژگی به مقنن حق می‌دهد که شخص مجرم را با مجازاتی که حمایت جامعه را تضمین کند، کیفر دهد و درباره‌ی افرادی که از مسئولیت کیفری مبرا هستند تصمیماتی را اتخاذ کند که با حمایت جامعه از شر و بزه‌کاری آنان متناسب باشد.

باید فراموش نکنیم که حقوق اسلامی این نظریه را از قرن هفتم میلادی و جدیدترین مکاتب حقوقی آن را در قرن بیستم شناخته‌اند و اگر ادعا می‌شود که قوانین عرفی اصولی را مورد شناسایی قرار داده‌اند که حقوق اسلامی آنها را نمی‌شناخته است، کمترین سخنی که در مورد آن می‌توان گفت آن است که ادعای مزبور برخلاف واقعیت است.

۲۷۸. معنای مسئولیت کیفری در حقوق اسلامی: مسئولیت کیفری به این معناست که انسان نتایج کارهای خلاف قانون خود را که آزادانه و آگاهانه مرتکب می‌شود تحمل کند. پس کسی که بلااراده دست به عمل ممنوعی می‌زند، مانند مجبور و بی‌هوش، مسئولیت کیفری نخواهد داشت. هم‌چنین است کسی که دست به عمل حرامی می‌زند و آن را اراده هم کرده است ولی معنای آن را درک نمی‌کند، مانند کودک و مجنون.

بنابر این، مسئولیت کیفری سه پایه دارد: اول ـ انسان عمل ممنوعی را انجام دهد؛ دوم ـ مختار باشد؛ سوم ـ فاعل جرم، مدرک یا بر تمییز خوب از بد قادر باشد.[1] اگر ارکان سه گانه موجود باشند، مسئولیت کیفری به وجود می‌آید و چنانچه یکی از آنها در میان نباشد مسئولیت کیفری از میان می‌رود.

۲۷۹. معنای مسئولیت کیفری در قوانین وضعی: مسئولیت کیفری در قوانین وضعی به همان معنای مسئولیت کیفری در حقوق اسلامی است و هر دو نیز از ارکان مشابهی برخوردارند. و فقط قوانینی که ریشه در مکتب تحققی دارند و البته بسیار محدود نیز هستند، با اسلام مخالف‌اند. در قوانین عرفی پیش از رنسانس و انقلاب فرانسه، مسئولیت کیفری معنای دیگری داشت و فاعل جرم، نتیجه‌ی عملش را تحمل می‌کرد؛ خواه انسان می‌بود یا حیوان، و خواه در ارتکاب بزه مختار بود و یا مسلوب‌الاراده؛ اعم از آن که طفل ممیز بود یا کودک

۱. لفظ ادراک را بر "تمیز" ترجیح دادم. زیرا فقها تمیز را یک درجه یا بیشتر از ادراک می‌دانند.

غیرممیز. گویا بیشتر قوانین امروزه به راهی می‌روند که حقوق اسلامی از ۱۳ قرن قبل رفته است.

مبحث دوم: اشخاصی که مسئولیت کیفری دارند

۲۸۰. تعیین اشخاص مسئول: وقتی حقوق اسلامی در مسئولیت کیفری مدرک و مختاربودن فاعل جرم را شرط می‌داند، طبیعی است که فقط انسان را مسئول بشناسد. زیرا تنها انسان است که قدرت تمیز دارد و از آزادی اراده برخوردار است. حیوان و جمادات چون فاقد ادراک و اختیارند، مسئول شناخته نمی‌شوند.

بنابر این، فقط انسان زنده مسئول تلقی می‌شود نه شخصی که مرده است زیرا در اثر مرگ، ادراک و اختیار از بین می‌رود و شرعاً با فوت شخص، تکالیف ساقط می‌شوند.

اگر داشتن درک و اختیار در فاعل جرم، فقط انسان را در معرض مسئولیت کیفری قرار می‌دهد، وجود این دو شرط ایجاب می‌کند که انسان، مسئول، عاقل، بالغ و مختار باشد. اگر چنین نباشد، مسئولیت نخواهد داشت؛ زیرا کسی که عقل ندارد، مدرک و مختار نیست و کسی که به سن معینی نرسیده است، نمی‌توان گفت که از درک و اختیار تام بهره‌مند است، به این ترتیب، طفل، مجنون یا مختل‌المشاعر یا هر کسی که به هر علتی قدرت تمیز خود را از دست داده است و هم‌چنین شخص مجبور یا مضطر، مسئولیت ندارند.

مسئولیت جزائی اشخاص حقوقی: حقوق اسلامی از روز نخست، اشخاص حقوقی را به رسمیت شناخته است. فقها "بیت‌المال" و "وقف" را جهت یا شخص حقوقی شناخته‌اند هم‌چنان که برای مدارس و اندرزگاه‌ها و بیمارستان‌ها و غیره نیز شخصیت حقوقی قایل شده‌اند و آنها را شایسته‌ی تملک حقوق و تصرفات حقوقی دانسته‌اند ولی برای آنها مسئولیت کیفری قایل نشده‌اند. زیرا مسئولیت براساس ادراک و اختیار است و هر دوی آنها بدون شک در اشخاص مزبور وجود ندارد. لیکن اگر عمل مجرمانه از طرف مدیر مسئول، شخصیت‌های حقوقی مزبور یا اشخاص حقوقی دیگری که امروزه می‌شناسیم رخ دهد، فاعل جرم، کیفر می‌شود؛ هرچند فعالیت وی به نفع شخصیت حقوقی صورت پذیرد.

ممکن است مجازات شخص حقوقی، کسانی را که اداره‌ی امور آن را عهده‌دار می‌شوند یا اشخاص حقیقی را که نماینده‌ی او به حساب می‌آیند شامل گردد، مانند صدور حکم بر ابطال شخصیت حقوقی یا مصادره‌ی اموال آن. هم‌چنین ممکن است تضییقاتی بر این شخصیت‌های حقوقی تحمیل گردد که فعالیت و عمل‌کرد زیان‌بار آنها علیه جامعه و نظام و امنیت آن را محدود سازد.

حکم شریعت اسلام از ۱۳ قرن قبل چنین است و حال آن که در قوانین عرفی، مدت زمانی طولانی انسان و حیوان و جماد مسئول شناخته می‌شدند، و میان انسان زنده و مرده و میان طفل ممیز و طفل غیرممیز و میان انسان آزاد و مجبور تفاوتی نبود. زیرا فقط جرم مد نظر قرار می‌گرفت و به مرتکب آن توجه نمی‌شد و از این رو نه‌تنها انسان عاقل و بالغ و کودک غیرممیز و مجنون و مختل‌المشاعر بدون توجه به حالات درونی و کیفیات نفسانی در مقابل جرایم ارتکابی کیفر می‌دیدند، بلکه حتی حیوان و جماد نیز در مقابل اعمالی که به آنها نسبت داده می‌شد مجازات می‌شدند اما امروزه و بر اثر تغییر مبانی مسئولیت کیفری،فقط انسان زنده مسئول شناخته می‌شود، هم‌چنان که انسان مدرک و مختار را با انسان فاقد اراده و اختیار جدا می‌سازند و به این ترتیب و در این جهت با شریعت اسلام هم‌آهنگ شده‌اند.

۲۸۱. شخصی‌بودن مسئولیت کیفری: از قواعد اولیه‌ی حقوق اسلامی، شخصی بودن مسئولیت کیفری است؛ یعنی فقط فاعل جرم بازخواست می‌شود و هیچ کسی به گناه دیگری مؤاخذه نمی‌گردد. درجه‌ی نزدیکی و دوستی به هر اندازه که باشد، مؤثر در مقام نیست، قرآن کریم این اصل عادلانه را در مواضع متعددی تکرار کرده است: «ولا تکسب کل نفس الا علیها» (انعام، ۱۶۴). «ولا تزر وازرة وزر اخری» (فاطر، ۱۸)، «و ان لیس للانسان الا ما سعی» (نجم، ۳۹)، «من عمل صالحاً فلنفسه و من اساء فعلیها» (فصلت، ۴۶) «من یعمل سوء یجزبه» (نساء، ۱۲۳) در احادیث منقول از پیامبر (ص) نیز بر این مسئله تأکید شده است، که بنابر آن: «هیچ شخصی به گناه پدر یا برادرش مؤاخذه نمی‌شود». به ابورمثه و پسرش فرمود: «او به زیان تو مرتکب جرم نمی‌شود و جرم ارتکابی تو علیه او تمام نمی‌شود». اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در شریعت اسلام از روز نخست دقیقاً رعایت شده است. این اصل کلی فقط یک استثناء دارد که عبارت است از تحمیل دیه قتل خطایی و شبه عمد بر عاقله. این استثنای یگانه نیز به منظور تحقق عدالت پذیرفته شده است؛ یعنی همان مبنایی که اصل شخصی بودن مجازات بر آن استوار است. زیرا رعایت این اصل درباره‌ی دیه شبه عمد و خطا نه تنها مانع از تحقق عدالت می‌شود، بلکه به ظلم و ستم فاحش منجر می‌گردد.[1]

برخی از فقها تحمیل دیه بر عاقله را استثنای بر اصل شخصی بودن مجازات نمی‌دانند. زیرا به نظر آنها، تحمیل دیه بر عاقله به معنای مؤاخذه‌ی آنان به سبب گناه مجرم نمی‌باشد،

---

۱. به شماره‌ی ۳۶ جلد دوم همین اثر مراجعه کنید؛ ایضاً به رساله‌ی کارشناسی ارشد مترجم با عنوان *ضمان عاقله* مراجعه شود.

بلکه پرداخت دیه به عهده‌ی قاتل است. دخالت آنها در تحمل دیه از باب هم‌آهنگی با مجرم است بدون آن که گناه جنایت وی بر آنان تحمیل شود. خداوند در اموال اغنیا برای فقرا حقوقی قایل شده است بدون آن که اغنیا را به گناهی که مرتکب شده‌اند بازخواست کند، بلکه این کمک بر سبیل مواسات است. به صله‌ی رحم به هر نحوی که ممکن باشد، و برای نیکی و احسان نسبت به والدین فرمان داده است.این امور، کلاً استحبابی و بر سبیل مواسات و اصلاح ذات‌البین هستند. هم‌چنین است تحمل عاقله از دیه قتل خطایی که بر سبیل هم‌یاری است بدون آن که نسبت به آنها یا خود قاتل اجحاف شود؛ چه، آن که هر مردی از افراد عاقله سه یا چهار درهم از کل دیه را طی سه سال تقبل می‌کند، و این تکلیف از سجایای اخلاقی به شمار می‌آید. تحمل دیه از قِبَل دیگران پیش از اسلام مشهور بود و این عمل را از بهترین اعمال و مکارم اخلاق محسوب می‌کردند. پیامبر (ص) می‌فرماید: «بعثت لاتمم مکارم الاخلاق» پس این عمل مورد پسند عقل و مورد قبول اخلاق و عادت نیکو است».[1]

در قوانین وضعی جدید، اصل شخصی بودن مجازات پذیرفته شده است و فقط مجرم به سبب جرم ارتکابی کیفر می‌شود نه دیگری، اما این اصل حتی تاکنون هم به دقت رعایت نشده است. تتبع در مواد قانون جزا نشان می‌دهد که در بیشتر حالات این اصل زیر پا گذاشته شده است، مثلاً قانون جزای مصر کسی را که در تظاهرات شرکت کرده و مقصود از آن را نیز آگاه است در مقابل هر جرمی که هر یک از تظاهرکنندگان مرتکب می‌شوند مسئول می‌شناسد. هم‌چنین کسی را که در پی آنان حرکت می‌کند در مقابل جرایم ارتکابی مسئول می‌شناسد. با آن که رعایت دقیق اصل شخصی بودن مجازات اقتضا می‌کند تا آنها مسئول نباشند، مگر آن که در ارتکاب بزه با افراد تظاهرکننده از پیش اتفاق نظر داشته یا آنها را تحریک کرده باشند.

با همین وضعیت روبه‌رو هستیم آنجا که مقنن مصری، مدیر مسئول روزنامه را بازاء آنچه در روزنامه نوشته و درج می‌شود، مسئول می‌شناسد؛ هرچند در زمان انتشار روزنامه در مسافرت بوده باشد. تحمیل مسئولیت مخالفت‌هایی که بر ضد مواد ۱۳، ۱۴، ۱۵، ۱۶ و ۱۹ لایحه‌ی فاحشه‌خانه‌ها رخ می‌دهد نسبت به کسانی که در اماکن مزبور زندگی می‌کنند نیز از این قبیل است. مسئولیت پدر، یا سرپرستی که به حکم دادگاه مراقبت طفل صغیری را عهده‌دار گردیده در مقابل جرمی که برای بار دوم در همان سالی که کودک را تحویل گرفته، مرتکب می‌شود، یعنی موضوع مادّه ۶۹ از قانون جزای مصر، از موارد فوق است.

---

۱. *احکام القرآن* ابی‌بکر رازی جصاص، جلد ۲، ص ۲۲۴.

دانشمندان حقوق در توجیه استثناهای مزبور می‌گویند، در حقیقت کسی به سبب جرم ارتکابی دیگران کیفر نمی‌بیند، بلکه، مجازاتشان به دلیل خطا و سهل‌انگاری خودشان است. زیرا پرواضح است که خطای آنها در عملی که دیگران انجام می‌دهند، هرچند با هیچ یک از وسایل مشارکت در ایجاد آن شرکت نداشته باشد، مستتر و قانوناً مفروض است.

در قوانین عرفی، اصل شخصی بودن مسئولیت، پیش از انقلاب فرانسه مانند امروز رعایت نمی‌شد. یک فرد در مقابل عمل خود و عمل ارتکابی دیگری، هرچند به آن آگاه نبود و نسبت به وی سرپرستی نداشت، مسئول شناخته می‌شد و مجازات علاوه بر مجرم، خانواده و دوستان او را هم در بر می‌گرفت. آنان هم مانند مجرم، تحمل کیفر می‌کردند با آن که اتهامی متوجه آنان نبود.

با آن که در قوانین وضعی اصل شخصی بودن مسئولیت در دوران اخیر پذیرفته شده است و حقوق اسلامی از ۱۳ قرن پیش آن را پذیرفته، مع‌الوصف این قوانین نتوانسته‌اند در سطحی که اسلام آن اصل را مورد استفاده قرار داده، از اصل مزبور بهره‌برداری کنند و دایره‌ی رعایت و تطبیق آن در قوانین از دایره‌ی رعایت آن در حقوق اسلامی کوچک‌تر است.

۲۸۲. مجنی‌علیه: مجنی‌علیه کسی است که علیه تمامیت جسمانی وی یا مال و یا یکی از حقوقش جنایتی رخ دهد.[۱] به عکس مجرم، لازم نیست که مجنی‌علیه، قادر به تمیز و مختار باشد. زیرا مجرم مسئولیت دارد و به سبب جرم ارتکابی، کیفر می‌شود. سرپیچی از اوامر مقنن،[۲] مسئولیت‌آور و این اوامر فقط بر شخصی که مختار است و قدرت بر تمیز دارد خطاب می‌شود اما مجنی‌علیه مورد سؤال نیست، به او ستم شده و در اثر تجاوز، علیه متجاوز حقی را به دست آورده است. لازم نیست صاحب حق، ادراک و اختیار داشته باشد بلکه اهلیت برای اکتساب حق کفایت می‌کند.

---

۱. جنایت در حقوق اسلامی به معنای "جرم" است. هر جرمی که می‌خواهد باشد، خواه مجازاتش ساده باشد و یا سخت.

۲. اوامری که نافرمانی آنها کیفر دارد یا از جانب خدا است یا از طرف پیامبر و یا از طرف اولی‌الامر، مانند پادشاه، حاکم یا خلیفه. در صورت نخست به صرف دستور، عمل به آن واجب می‌شود، در مورد پیامبر و اولی‌الامر هم عمل به دستور واجب است ولی نه به دلیل آن که پیامبر یا اولی‌الامر گفته است، بلکه بدان سبب که خداوند دستور داده تا از پیامبر و اولی‌الامر اطاعت شود: «یا ایهاالذین آمنوا اطیعواالله و اطیعواالرسول و اولی الامر منکم». پس دستور پیامبر و اولی‌الامر به سبب فرمان خداوند واجب می‌شوند و از این جهت است که هر دستوری که اولی‌الامر می‌دهد و با فرمان خدا یا دستور پیامبر ناسازگار است، باطل است و واجب‌الاطاعه نیست. مراجعه شود به: *المستصفی* غزالی، ج ۱، ص ۸۳؛ شرح *مسلم‌الثبوت* عبدالعلی انصاری، ص ۲۵ به بعد.

حقوقی که از جرایم ناشی می‌شود، دو نوع است:[1] حقوق‌الله[2] و حقوق‌الناس. نوع اوّل از جرایمی نشئت می‌گیرد که به زیان منافع جامعه و نظام آن رخ دهند. نوع دوم از جرایم علیه اشخاص و حقوق آنان ناشی می‌گردد. به این ترتیب ممکن است، مجنی‌علیه انسان ممیز یا طفل غیرممیز، عاقل یا مجنون و یا گروهی از مردم باشد، مانند آن که طایفه‌ای بر طایفه‌ی دیگر دست تعدی دراز کند، و ممکن است جامعه، مجنی‌علیه قرار بگیرد، مانند آن که جرم منظور، زنا یا ارتداد باشد.

هم‌چنان که شخص حقیقی ممکن است مجنی‌علیه قرار بگیرد، شخصیت‌های حقوقی هم ممکن است مجنی‌علیه باشند، مثل این که سارق، اموال شرکت، یا موقوفه و یا دولت را سرقت کند.

در صورتی که موضوع جرم، حیوان، کالا یا عقیده باشد، مجنی‌علیه صاحب مال یا حیوان و طرف‌داران آن عقیده به شمار می‌آید.

از آنچه گذشت این نتیجه به دست می‌آید که در هر وضع و حالی، مجنی‌علیه انسان است؛ خواه به عنوان یک فرد در نظر گرفته شود و خواه به عنوان کسی که به گروهی نسبت و وابستگی دارد.

حقوق اسلامی جنین زنده را مجنی‌علیه می‌شناسد؛ هرچند هنوز در بطن مادر است. کسی که در جسم زن حامل جراحت جائفه[3] وارد سازد و جنین هم سقط شود، دو جنایت مرتکب شده است؛ مادر را مجروح ساخته و جنین را سقط کرده است که در این حالت دو مجازات خواهد داشت که عبارت‌اند از: ارش[4] جراحت جائفه و دیه جنین[5] و اگر مادر دارویی بیاشامد که جنین سقط گردد باید دیه جنین را بپردازد.[6]

به عقیده‌ی برخی از فقها در این فرض، مقصود از جنین چیزی است که از بطن مادر خارج شود از قبیل مضغه یا علقه ولی در هر حال باید مشخص شود که بالقوه طفل بوده است. به نظر برخی دیگر، جنین آن است که آثار خلقت در آن پدیدار گردد، به عقیده‌ی گروه سوم جنین آن است که روح در او دمیده شده باشد.[7]

---

۱. به شماره‌ی ۷۴ مراجعه شود. ۲. به شماره‌ی ۱۷۵ مراجعه کنید.
۳. جائفه جراحتی است که به داخل شکم یا سینه فرو رود.
۴. بخشی از دیه، ارش نام دارد.
۵. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۵۷؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۲۵؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۸۹؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۵۳۵ و ۵۴۲.
۶. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۵۸؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۹۲؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۵۵۷.
۷. *بدایة‌المجتهد*، ج ۲، ص ۲۹۲.

بنابر حقوق اسلامی، مرگ پایان شخصیت آدمی است، انسان چون بمیرد، حقوق خود را از دست می‌دهد و اموال و حقوقش به طلبکاران و وارث او منتقل می‌گردد. و چون نفس انسان و دارایی و حقوقش ممکن است مورد تعدی و جرم قرار بگیرد، پس از مرگ تصور نمی‌رود که موضوع جرم واقع شود مگر دردو حالت:

۱ـ تعدی بر اجساد مردگان: تعدی بر گور یا نعش میت به اعتبار این که انسان است، جرم تلقی نمی‌شود، و میت مجنی‌علیه به شمار نمی‌آید، بلکه حرمت تعدی بر اجساد مردگان و جرم بودن آن به این اعتبار است که نزد جامعه احترام دارد و مردم نسبت به مردگان حرمت قایل هستند، پس مجنی‌علیه این جرم، جامعه است و شریعت، مرتکب آن را به این ملاحظه که حرمت مردگان و یا قبرستان را زیر پا گذاشته است، کیفر می‌دهد.

۲ـ قذف اموات: از قواعد اولیه‌ی حقوق اسلامی این است که قاذف به اتهام قذف تحت تعقیب قرار نمی‌گیرد مگر آن که قبلاً مقذوف شکایت کرده باشد. زیرا این جرم حیثیت و شرافت مجنی‌علیه را در معرض خطر قرار می‌دهد؛ به علاوه، متهم حق دارد اتهام انتسابی را ثابت کند و اگر ثابت کرد، مقذوف به اعتبار جرم ثابت شده مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد. این عوامل باعث شده است که تعقیب قاذف منوط و معلق به شکایت مقذوف باشد اگر مدعی خصوصی اقامه‌ی شکایت کرد، دعوی مسیر قانونی خود را طی می‌کند. اگر مقذوف در زمان قذف زنده باشد فقط شخص وی حق دارد شکایت کند، و اگر پس از قذف و پیش از طرح شکایت بمیرد، ورثه و سایر خویشاوندانش حق ندارند علیه قاذف شکایت کنند، مگر آن که مقذوف پیش از اطلاع از قذف فوت کرده باشد که در این صورت حق دارند شکایت کنند. اما اگر پس از اعلام شکایت بمیرد، به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد، ورثه‌ی او به قایم مقامی شکایت را پی‌گیری می‌کنند، ولی به عقیده‌ی ابوحنیفه در اثر فوت، دعوی مطروحه از میان می‌رود (دعوی ساقط می‌شود) زیرا به نظر وی، قذف حق مالی نیست تا وارث، مالک آن باشند.

اما اگر میّت مورد قذف قرار گیرد، همه‌ی فقها اجازه می‌دهند که وراث متوفی اعم از اجداد (اصول) یا اولاد (فروع) علیه قاذف شکایت کنند زیرا به عقیده‌ی آنها، آثار قذف علاوه بر میت، زندگان را نیز می‌آزارد و در نسب آنان عیب و ایراد به وجود می‌آورد، تو گویی قاذف در حقیقت آنها را قذف کرده است و لذا برای زدودن لکه‌ی ننگ و عار از پیشانی خود، حق دارند به طرح دعوی مبادرت ورزند. به نظر برخی از فقها، عیب و عار ناشی از قذف فقط اجداد و اولاد متوفی را می‌آزارد، نه دیگران را، از این رو فقط آنها حق شکایت دارند، به نظر برخی دیگر این عار، دامن کلیه‌ی ورثه را می‌گیرد و لذا همه‌ی وراث حق دارند شکایت کنند.

در هر حال، هر کسی که حق داشته باشد شکایت کند، رأساً می‌تواند اقدام کند و استماع شکایت وی بر طرح شکایت بقیه‌ی صاحبان حق متوقف نخواهد بود؛ هرچند شاکی با میت از درجه‌ی بعید برخوردار باشد؛ به عبارت دیگر، خویشاوند دور، حق شکایت دارد؛ هرچند ورثه‌ی نزدیک شکایت نکند.[۱]

وقتی فقها می‌گویند، اقامه‌ی شکایت از سوی اجداد یا اولاد و یا وراث متوفی برای دفع عار و ننگ است و خویشاوند دور می‌تواند شکایت کند، هرچند خویشاوند نزدیک متوفی شاکی نباشد، بدین معنا است که مقصود از شکایت، حمایت از زندگان است و نه حمایت از متوفی، و مقصود زدودن عار از آنان است و نه از میت. به ویژه آن که قذف، دایماً علاوه بر مقذوف، دامن اشخاص دیگر را هم می‌گیرد. زیرا قذف به این معناست که از مقذوف نفی نسب می‌کند و یا به وی نسبت زنا می‌دهد. پس مقذوف اعم از آن که مرد باشد یا زن، وقتی نفی نسب می‌شود، این نفی نسب، اصول و فروع و وراث او را نیز در بر می‌گیرد. اگر مقذوف زن است و به وی نسبت زنا داده می‌شود، این نسبت تمام اصول و فروع و وراث وی را در بر می‌گیرد.

۲۸۳. بررسی تطبیقی: در احکام مربوط به مجنی‌علیه، قوانین عرفی با اسلام هم‌سو هستند، از دیدگاه قوانین هم، مجنی‌علیه ممکن است طفل ممیز یا غیرممیز، انسان عاقل یا مجنون باشد، هم‌چنین می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی مجنی‌علیه قرار بگیرد؛ یا یک فرد و یا جامعه مجنی‌علیه باشد. هم‌چنین در قوانین عرفی از جنین، پیش از آن که به دنیا بیاید حمایت شده و برای سقط جنین نیز کیفر در نظر گرفته شده است؛[۲] خواه شخص مادر مرتکب آن شود یا متهم شخص دیگری باشد. آرامگاه و اجساد مردگان در حمایت قانون است هرکس نبش قبر کند، کیفر می‌شود.[۳] قوانین در این مورد با حقوق اسلامی موافق هستند.

در خصوص قذف، بنابر نظر پیشتاز در قوانین عرفی: قوانین به منظور حمایت از زندگان است و نه مردگان[۴] لذا، قذف متوفی مجازات ندارد مگر آن که آثار قذف دامن زندگان از وراث یا خویشاوندان متوفی را بگیرد که در این صورت، محاکمه و مجازات قاذف مانعی ندارد.

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۰۵؛ *الزیلعی*، ج ۳، ص ۲۰۳ و ۲۰۴؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۱، ص ۲۳۰ به بعد؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۹۲.

۲. به مواد ۲۶۰ الی ۲۶۴ از قانون جزای مصر مراجعه شود.

۳. به مادّه‌ی ۱۶۰ از همان قانون مراجعه شود.

۴. احمد امین، ص ۵۴۴ و ۵۵۵؛ *القانون‌الجنائی* احمد صفوت، ص ۱۵۳ به بعد؛ شرح *قانون مجازات*، کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۳۵۸.

در برخی از قوانین مانند قانون مصر، رسیدگی به شکایت قذف منوط به اعلام شکایت اولیه از سوی شخص مقذوف نشده است. ولی در برخی از آنها مانند قانون فرانسه، شکایت اولیه‌ی شخص مقذوف، شرط تعقیب شکایت شناخته شده است، و چنانچه مجنی‌علیه بمیرد؛ حق شکایت ساقط می‌گردد مگر آن که مقصود از قذف به زیر سؤال بردن شرافت خانوادگی مقذوف و اقربای زنده‌ی او باشد که در این صورت، رأساً می‌توانند شکایت کنند.

موضع قوانین عرفی در قذف اموات تقریباً با موضع حقوق اسلامی اختلاف ندارد. از دیدگاه شریعت، ادعای قذف همیشه خانواده‌ی مقذوف را بی‌آبرو می‌کند و چون شریعت بدون هیچ قید به وراث اجازه‌ی شکایت می‌دهد بنابر این با موضع قوانین وضعی در این خصوص کاملاً یکسان است. زیرا قوانین، به خلاف حقوق اسلامی، قذف را به نفی نسب یا نسبت زنا دادن محدود نمی‌سازند، بلکه قوانین هر کسی را که به دیگری نسبتی بدهد که موجب تحقیر وی گردد، قاذف می‌شمارند. مسلم است، غالب اموری که بنابر قوانین قذف به حساب می‌آیند باعث تحقیر ورثه‌ی مقذوف و خویشاوندان زنده‌ی او نمی‌گردد، اما نسبت زنا دادن و نفی نسب بدون شک آبروی آنها را در معرض خطر قرار می‌دهد. و لذا می‌توان ادعا کرد که قوانین دایماً و بدون هیچ قیدی در دو حالت فوق به ورثه‌ی مقذوف و دیگر خویشاوندان اجازه می‌دهد تا علیه قاذف شکایت کنند. اما در مورد این که رسیدگی به اتهام قذف به شکایت اولیه‌ی شخص مقذوف منوط باشد، ملاحظه شد که برخی از قوانین مانند قانون فرانسه در این اصل با حقوق اسلامی نظر واحدی دارند، و قوانین دیگر از جمله قانون مصر، طرح دعوی از سوی ورثه را به شکایت مقذوف معلق نمی‌سازند.

مبحث سوم: اسباب مسئولیت کیفری و میزان تأثیر آنها

۲۸۴. سبب و شرط مسئولیت کیفری: سبب چیزی است که شارع آن را علامت و نشانه‌ی مسبب قرار داده و وجود یا عدم آن را به وجود یا عدم سبب منوط ساخته است به نحوی که اگر سبب به وجود آید، مسبب موجود خواهد بود و اگر نباشد، مسبب نیز نخواهد بود.[۱]

شرط آن است که وجود حکم شرعی، به وجود آن متوقف باشد و از عدم آن، عدم حکم لازم آید.[۲]

ارتکاب معاصی، یعنی انجام‌دادن محرمات شرعی و ترک واجبات، سبب مسئولیت کیفری است. با این‌حال به وجود آمدن این مسئولیت، موقوف به تحقق دو شرط است که

۱. استاد عبدالوهاب خلاف، *اصول الفقه*، ص ۹۱. ۲. *همان*، ص ۹۳.

وجود یکی سبب بی‌نیازی از وجود دیگری نمی‌شود. آن دو شرط عبارت‌اند از: ادراک و اختیار، اگر یکی از دو شرط مزبور موجود نباشد، مسئولیت کیفری از میان می‌رود. در صورتی که هر دو موجود باشند، مسئولیت به وجود می‌آید، مثلاً سرقت معصیتی است که شارع آن را حرام ساخته و مجازاتش را قطع دست قرار داده است پس چنانچه کسی مال دیگری را سرقت کند، عملی را انجام داده است که سبب مسئولیت کیفری است، با این حال زمانی مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد که دو شرط مسئولیت را که عبارت‌اند از عقل و اختیار واجد باشد. اگر سارق شخص غیرمدرکی باشد، مانند مجنون، مسئولیت کیفری ندارد، هم‌چنین است اگر عاقل باشد ولی اختیار نداشته باشد.

در صورتی که سبب مسئولیت ـ ارتکاب گناه ـ و دو شرط آن یعنی عقل و اختیار موجود باشند، متهم، بزه‌کار و عمل ارتکابی، بزه ـ زیر پا گذاشتن فرمان شارع ـ محسوب گردیده، شایسته‌ی مجازات پیش‌بینی شده خواهد بود. اما اگر به گناه دست بزنند و در مرتکب، هر دو شرط مسئولیت و یا یکی از آن دو موجود نباشد، فاعل جرم، بزه‌کار و عمل ارتکابی، جرم به شمار نمی‌آید، در نتیجه وجود یا عدم وجود مسئولیت کیفری به وجود یا عدم وجود نافرمانی و گناه متوقف است.

عصیان و گناه از نظر شریعت اسلام با خطا و خطیئه La Faute قوانین وضعی مترادف است. لیکن کلمه‌ی "عصیان" در رسانیدن معنای مقصود از آن که عبارت است از مخالفت با امر شارع از تعبیر خطا و خطیئه در لسان حقوق عرفی دقیق‌تر است، گذشته از آن که تعبیر اخیرالذکر ممکن است در "خطایی" که به معنای غیرعمد می‌باشد و "خطایی" که به معنای مخالفت با امر مقنن است، باعث اشتباه گردد.

۲۸۵. درجات مسئولیت: ملاحظه شد که پیدایش مسئولیت کیفری متوقف بر "عصیان" است، در این صورت، طبیعی خواهد بود که درجات مسئولیت، تابع درجه‌ی "عصیان" باشد.

قاعده بر این است که در شریعت اسلامی دایماً اعمال با "نیات" مقایسه می‌شود و هر کسی را از نیتش بهره‌ای در نظر می‌گیرد. این اصل همان است که پیامبر (ص) می‌فرماید: «انما الاعمال بالنیات. و انما لکل امریء مانوی» جایگاه نیت قلب و دل و معنای آن قصد است. عرب‌ها می‌گویند: «نواک الله بحفظه أی قصدک الله بحفظه» پس کسی که تصمیم می‌گیرد تا عملی را که اسلام ممنوع دانسته انجام دهد و سپس تصمیم خود را به مرحله‌ی عمل می‌رساند، به این معناست که آن را قصد کرده است.

در هم‌آهنگی با قاعده‌ی "الاعمال بالنیات" است که در حقوق اسلامی در زمان بیان

مسئولیت کیفری شخص، تنها جرم نیست که مورد توجه قرار می‌گیرد، بلکه جرم و قصد مجرم هر دو مورد توجه قرار می‌گیرد و بر این اساس، مسئولیت کیفری بازگو می‌شود.[۱]

گناهانی که ممکن است به انسان عاقل و مختار نسبت داده شود و در نتیجه او را در حیطه‌ی مسئولیت کیفری قرار دهد از دو نوع بیرون نیست: یا فاعل در انجام دادن آنها قاصد و منظورش نافرمانی از شارع است؛ و یا این که در انجام‌دادن عمل قصد دارد لیکن منظورش نافرمانی از شارع نیست و یا این که اساساً قصدش انجام‌دادن فعل یا نافرمانی از شارع نیست بلکه در اثر تقصیر وی رخ می‌دهد و یا سبب وقوع آن می‌گردد. نوع اوّل را عمدی و نوع دوم را خطایی می‌گویند.

هم‌چنان که بیان شد، چون اسلام اعمال انسان‌ها را با نیت آنها مقایسه می‌کند میان مسئولیت کیفری در حالت عمد با مسئولیت کیفری در حالت خطا تفاوت گذاشته است. در حالت نخست این مسئولیت شدید ودر حالت دوم خفیف است. زیرا متهم در حالت عمد هم قلباً و هم عملاً در ارتکاب گناه عمد دارد در نتیجه جرم وی کامل است ولی در حالت خطا، بزه‌کار قلباً نافرمان نیست؛ هرچند مرتکب بزه شده است و در نتیجه، جرم ارتکابی وی کامل نیست.

قرآن کریم بین کسی که عمد دارد و کسی که خطاکار است تفاوت گذاشته است: «ولیس علیکم جناح فیما اخطاتم به ولکن ماتعمدت قلوبکم» (احزاب، ۵) پیامبر (ص) این معنی را به تکرار بیان کرده است: «رفع عن امتی الخطا و النسیان» مقصود از "عدم جناح =گناه" و "رفع الخطا" تخفیف مسئولیت خطاکار و مساوی نبودن او با عامد است بدون آن که کلاً مسئولیت از بین برود. بهترین دلیل این مدعا آن است که خداوند مجازات قتل عمد را قصاص و قتل خطایی را دیه و کفّاره تعیین کرده است. پس از نظر خداوند، مسئولیت کیفری عامد شدید و همو در مسئولیت خطاکار تخفیف قایل شده و آن را به کلی منتفی ندانسته است: «یا ایهاالذین آمنوا کتب علیکم‌القصاص فی‌القتلی» (بقره، ۱۷۸) و «کتبنا علیهم فیها آن النفس بالنفس» (مائده، ۴۵) و «هیچ مؤمنی را نرسد که مؤمنی را به قتل رساند، مگر آن که به خطا کشته باشد، در صورتی که به خطا مؤمنی را بکشد باید برده‌ی مؤمنی را آزاد کرده و خون‌بها به اولیای دم بپردازد، مگر آن که از وی نستانند، پس اگر مقتول با آن که مؤمن است از گروهی باشد که با شما دشمنی دارند در این صورت برده‌ی مؤمنی آزاد سازد و اگر میان شما و قوم مقتول عهد و پیمان برقرار باشد قاتل به اولیای دم دیه می‌دهد و برده‌ی مؤمنی را آزاد می‌کند» (نساء، ۹۲).

---

۱. *اعلام‌الموقعین*، ج ۳، ص ۱۰۱ تا ۱۰۴؛ *الاحکام فی اصول‌الاحکام* ابن حزم، ج ۵، ص ۱۴۱ به بعد؛ *الاشباه و النظائر*، ص ۸ به بعد.

به این ترتیب بر حسب گوناگونی "عصیان" و تعدد درجات آن، مسئولیت کیفری گوناگون و درجاتش متعدد می‌شود. برای این که گوناگونی و تنوع مسئولیت و تعدد درجات آن را بشناسیم، لازم است تنوع گناه و تعدد درجات آن را قبلاً شناخته باشیم.

در گذشته ملاحظه شد که متهم در ارتکاب گناه یا عامد است و یا در ارتکاب آن خطا می‌کند به عبارت دیگر، واقعه‌ی مجرمانه یا عمدی است یا خطایی؛ و هر یک از حیث درجه‌ی عظمت جرم، بر دو نوع است؛ یعنی عمد بر عمد و شبه عمد، و خطا نیز بر خطا و آنچه در حکم خطاست، تقسیم می‌شود. از این رو، "عصیان" چهار درجه دارد، در نتیجه مسئولیت کیفری نیز بر چهار درجه خواهد بود. زیرا بر "عصیان" استوار است و برحسب شدت و ضعف گناه یا جرم، شدید یا خفیف می‌شود.

۱ـ عمد: عمد یک معنای عام دارد ـ سوء نیت عام ـ و عبارت است از این که متهم قصد کند فعل ممنوع را انجام دهد. پس کسی‌که خمر می‌نوشد و قصدش نیز نوشیدن آن است، عامدانه آن را نوشیده است. کسی که سرقت می‌کند و قصدش نیز سرقت باشد در ارتکاب آن عامد محسوب می‌گردد. عمد بزرگ‌ترین انواع گناه به شمار می‌آید و اسلام نیز بزرگ‌ترین مسئولیت را در قبال آن تعیین کرده و بیشترین مجازات را برای آن در نظر گرفته است.

همه‌ی فقها در بزه قتل، معنای خاصی را برای عمد در نظر گرفته‌اند ـ سوءنیت خاص ـ که عبارت است از این که قاتل هم در ارتکاب فعل قصد داشته باشد و هم نتیجه‌ی منظور از آن را بخواهد. این فقها میان قتلی که معنای خاص مزبور در آن مستتر است و قتلی که قاتل فقط دارای عمد به معنای عام است تفاوت می‌گذارند؛ نوع نخست را قتل عمد و نوع دوم را شبه عمد می‌نامند.

۲ـ شبه عمد: در حقوق اسلامی جز در قتل و ایراد جرح،[1] شبه عمد مورد شناسایی قرار نگرفته است، و همه‌ی فقها نیز این نوع جنایت را قبول نکرده‌اند، مثلاً مالک در قتل و نه در جراحت‌ها آن را نپذیرفته است. به نظر وی در قرآن فقط عمد و خطا بیان شده است و افزون بر آن، اجتهاد در مقابل نص است زیرا فقط درباره‌ی قتل عمد و خطا قرآن کریم سخن گفته است «و من یقتل مؤمنا متعمداً فجزائه جهنم» و «و ما کان لمؤمن آن یقتل مؤمنا الا خطا» براساس این رأی، تعریفی که مالک از قتل عمد ارائه می‌دهد این است که متهم با سوءنیت دست به قتل بزند. در نتیجه وی شرط نمی‌داند که متهم، هم در قتل و هم در تحصیل نتیجه، دارای قصد باشد.[2]

---

۱. معنای "جنایت بردون نفس" تعدی بر جسم شخص است به نحوی که منجر به قتل نگردد مانند ضرب و جرح و قطع عضو و غیره.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، صص ۲۴۱.

ابوحنیفه و شافعی و احمد[1] در قبول شبه عمد در قتل اتفاق نظر دارند لیکن در "مادون نفس" اختلاف دارند. به عقیده‌ی شافعی،[2] عمد در مادون نفس، یا عمد محض است و یا شبه عمد. در مذهب احمد[3] این رأی قوی است. به نظر ابوحنیفه[4] در مادون نفس، شبه عمد وجود ندارد این رأی در مذهب احمد گرایش ضعیف به حساب می‌آید.[5]

معنای شبه عمد در قتل این است که فاعل با سوءنیت عملی را انجام می‌دهد و قصد قتل ندارد لیکن عمل ارتکابی به قتل منجر می‌گردد. طرف‌داران وجود شبه عمد در قتل، به سخن پیامبر (ص) استناد می‌کنند که می‌فرماید: «آگاه باشید همانا خون‌بهای مقتول "خطا و عمدی" مانند کسی‌که در اثر تازیانه و چوب‌دستی و سنگ کشته می‌شود یک صد شتر است» و شبه عمد را از آن رو به این نام می‌خوانند که از نظر قصد فعل مانند "عمد" است و از این نظر که فاعل خواهان نتیجه نیست، مانند عمد به حساب نمی‌آید.

در جنایت مادون نفس، شبه عمد به این معناست که مجرم با سوءنیت مجنی‌علیه را بزند و یا مجروح سازد بدون آن که نتیجه‌ی حاصل از عمل ارتکابی را بخواهد.

شبه عمد به خطرناکی عمد نیست و از این جهت است که باید مجازاتش خفیف‌تر از کیفر عمد باشد، مجازات اساسی عمد، قصاص و شبه عمد، دیه و تعزیر است، و تعزیر هم در صورتی که حاکم جامعه آن را مفید تشخیص دهد، اعمال می‌شود.

۳ـ خطا: خطا در صورتی است که مرتکب عملی را انجام می‌دهد ولی قصدش ارتکاب بزه نیست؛ یعنی در عمل خود یا در قصدش خطا می‌کند، خطای در فعل مثل این است که به طرف پرنده‌ای تیر افکند و به انسانی بخورد. خطای در قصد مانند این است که کسی با این گمان که هدف، چون مثلاً در میان صفوف دشمن است و یا مانند آنان لباس پوشیده، جزء نیروهای سپاه دشمن است و به سوی او تیراندازی کند و بعداً معلوم شود که از نیروهای خودی بوده است.

۴ـ در حکم خطا: در دو حالت، عمل ارتکابی "در حکم خطا" محسوب می‌شود و حکم آن را خواهد داشت:

اول: فاعل قصد ندارد آن را انجام دهد، ولی در اثر تقصیر و کوتاهی وی رخ می‌دهد، مانند کسی که در حال خواب بر طفلی بغلطد و او را بکشد. دوم: فاعل سبب وقوع بزه گردد

---

۱. *نهایةالمحتاج*، ج ۷، ص ۲۳۵؛ *الزیلعی*، ج ۶، ص ۹۷؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۲۰.

۲. *الام*، ج ۶، ص ۴۵.

۳. *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۸۹.

۴. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۲۸۷.

۵. *المغنی*، ج ۹، ص ۴۱۰.

بدون آن که قصد داشته باشد که آن را انجام دهد، مانند کسی‌که در راه گودالی حفر می‌کند تا مثلاً آب در آن جمع شود و یکی از ره‌گذران شبانه در آن سقوط می‌کند.

خطا از عملی که در حکم خطاست خطرناک‌تر است، زیرا متهم قصد فعل دارد و نتیجه‌ی منظور، در اثر تقصیر یا بی‌احتیاطی وی پدید می‌آید، اما در حکم خطا، متهم قصد فعل ندارد و در نتیجه قصور و یا سببیت وی رخ می‌دهد.

اولین کسی که خطا را بر دو قسم: خطا و در حکم خطا تقسیم کرد ابوبکر رازی است. او ملاحظه کرد که در حالت خطا، عمل، مقصود فاعل است النهایه گاهی فاعل در فعل اشتباه می‌کند و گاهی در قصد و این حالت درباره‌ی ساهی و نایم و متسبب صادق نیست. و چون اعمال این افراد مقصود آنها نیست و در محدوده‌ی خطا و عمد و شبه عمد نمی‌گنجد و اعمال آنها از نظر مجازات "در حکم خطا است"، چنین نظر داد که این اعمال از لحاظ این که در حکم خطا هستند به حالت خطا ملحق می‌شوند.[۱]

۲۸۶. بررسی تطبیقی: حقوق عرفی در آنچه از سبب و شرط مسئولیت بیان شد با حقوق اسلامی یکسان است. سبب مسئولیت از دیدگاه قوانین وضعی، ارتکاب جرم است و شرط مسئولیت چنان که در شریعت بود، داشتن عقل و اختیار است. تا وقتی که متهم خطاکار یا مجرم به شمار نیاید، مسئولیت ندارد. درجات مسئولیت و تنوع آن بر حسب درجه و تنوع خطا پایه‌ریزی شده است. از دیدگاه حقوق عرفی خطا ـ عمل برخلاف قانون ـ بر دو نوع است: عمد و خطا. خطا هم بر دو نوع است: خطایی که از سهل‌انگاری ناشی می‌شود، و نوع دیگر، خطای جزئی است. آنچه از دیدگاه حقوق اسلامی عمد و شبه عمد به حساب می‌آید در قوانین عرفی با عنوان عمد آورده می‌شود و آنچه را اسلام خطا یا در حکم خطا می‌شمارد، در این قوانین زیر عنوان خطا داخل می‌گردد.

در حقوق عرفی هرچند در قتل، به شبه عمد اعترافی دیده نمی‌شود، از این نوع قتل به "ایراد ضرب منجر به فوت" تعبیر می‌شود، و مجازاتش از مجازات قتل عمد سبک‌تر است و با این موضوع نتیجه‌ای را به دست می‌آورد که حقوق اسلامی از تفکیک بین قتل عمد و شبه عمد در نظر دارد، به این ترتیب، در این باره، حقوق اسلامی با حقوق عرفی فقط در نام‌گذاری اختلاف دارند.

بدون شک تعبیر اسلام منطقاً صحیح‌تر از تعبیر حقوق عرفی است زیرا قتل ناشی از ایراد ضرب و جرح، خورانیدن سم و دیگر مواد زیان‌بار، غرق کردن و آتش‌زدن، به زمین کوبیدن و

---

۱. *احکام‌القرآن*، ابی‌بکر رازی جصاص، ج ۲، ص ۲۲۳.

خفه کردن، تحت عنوان شبه عمد قرار می‌گیرند و نیز هر آنچه در صورت نبودن قصد قتل و وجود سوءنیت زیر عنوان عمد آورده می‌شود از مصادیق قتل شبه عمد به حساب خواهد آمد. پس لفظ قتل هر آنچه را منجر به قتل می‌گردد در بر می‌گیرد و بنابر این، تعبیری که فقها انتخاب کرده‌اند در، دلالت به انواع گوناگون آزار و اذیت‌ها گزینش موفقی است زیرا همه‌ی آنها به مرگ منتهی می‌گردد. اما عبارت "ایراد ضرب منتهی به فوت" که در قوانین وضعی به کار رفته است اگر هم ایراد ضرب با دست یا اسباب دیگر را در بر بگیرد سایر انواع آزار و اذیت‌ها و وسایل گوناگون مانند غرق کردن، آتش زدن، بر زمین کوفتن و خفه کردن را شامل نمی‌شود. علمای حقوق مصر به ناتوانیِ عبارت "ضرب" از شمول مفاهیمی که قانوناً تحت عنوان آن داخل می‌گردد اعتراف می‌کنند.

مبحث چهارم: قصد عصیان یا سوءنیت

۲۸۷. سوءنیت یا عنصر معنوی: درگذشته بیان شد که پایه‌ی مسئولیت کیفری، ارتکاب گناه است؛ یعنی نافرمانی از امر شارع و این که مسئولیت متهم بر حسب اختلاف درجه‌ی این نافرمانی متفاوت می‌گردد، و این که قصد مجرم بر نافرمانی از عوامل مشدده‌ی مجازات و عدم این قصد از عوامل مخففه به شمار می‌آید. پس سوءنیت یا قصد عصیان نخستین عامل در تعیین مجازات بزه‌کار محسوب می‌گردد. قصد عصیان همان است که امروز اصطلاحاً سوءنیت یا عنصر معنوی جرم نامیده می‌شود.

قصد عصیان یا سوءنیت در صورتی محقق فرض می‌شود که بزه‌کار در ارتکاب فعل یا ترک آن عمد داشته باشد و بداند که شارع انجام‌دادن آن را ممنوع یا واجب شمرده است. شایسته است که توضیحات بیشتری درباره‌ی تفاوت میان عصیان و قصد عصیان ارائه شود. عصیان، عنصر ضروری است که هر جرمی اعم از ساده یا بزرگ، عمدی یا غیرعمدی باید دارا باشد. چنانچه عملی این عنصر را نداشته باشد، جرم به شمار نمی‌آید. اما وجود قصد عصیان فقط در جرایم عمدی ضرورت دارد نه غیر آنها. عصیان همان انجام‌دادن گناه است؛ یعنی انجام‌دادن عمل ممنوع یا ترک فعل، بدون آن که قصد فاعل نافرمانی و زیرپاگذاشتن امر شارع باشد، مانند کسی که سنگ را از مقابل پنجره‌ی اتاقی که در آن محبوس است دفع می‌کند تا خود را برهاند و سنگ به ره‌گذری در خیابان اصابت می‌کند. چنین شخصی در اثر اصابت سنگ به دیگری معصیت کرده است، لیکن در هر حال قصد نداشته تا دیگری را بزند و در نتیجه، عمل معصیت را نیز قصد نکرده است. اما قصد عصیان (سوءنیت) آن است

که نیت فاعل به انجام‌دادن فعل یا ترک آن متوجه باشد و بداند که فعل یا ترک فعل مزبور حرام است و یا این که معصیت را با قصد عصیان و به صورت مجرمانه انجام دهد، مانند کسی که به قصد زدن عابری که از خیابان عبور می‌کند، سنگ را از مقابل پنجره به پایین افکند. این شخص به گناهی دست زده که قصد انجام‌دادن آن را داشته است. این مثال با مثال سابق در این که هر یک از دو جانی به معصیتی دست زده‌اند که شارع حرام دانسته است یکسان است و در این نکته تفاوت دیده می‌شود که در مثال دوم، متهم قصد داشته معصیتی را انجام دهد و حال آن که در مثال نخست، چنین قصدی نداشته است.

تفاوت میان عصیان و قصد عصیان با تفاوت میان اراده[1] ــ که عامد بودن در انجام‌دادن و یا ترک فعل است ــ و میان قصد[2] ــ که خواستن نتیجه‌ی مجرمانه است ــ یکسان است؛ یعنی همان تفاوتی که امروزه در قوانین عرفی میان اراده و قصد گذاشته می‌شود. بدون تردید استفاده از تعبیر عصیان به جای انجام‌دادن یا ترک فعل مادی و قصد عصیان به جای خواستن نتیجه‌ی حاصل از فعل، از تعبیر اراده و قصد، به جای آنها دقیق‌تر و در دلالت بر مقصود وافی‌تر است. زیرا از حیث لغوی بین اراده و قصد تفاوتی نیست و هر دو بر تعمد در فعل و عامد بودن در نتیجه مترادفاً دلالت می‌کنند و مترادف بودن آن دو در دلالت بر این معنا، سبب درآمیختگی معانی فنی می‌گردد، هم‌چنان که احیاناً باعث خواهد شد تا از تمیز آن معانی از هم‌دیگر ناتوان باشیم.

قصد عصیان یا سوءنیت گاهی پیش از ارتکاب جرم هم‌راه مجرم است، مثل کسی که می‌خواهد دیگری را به قتل برساند که ابتدا تصمیم می‌گیرد و پس از گذشتن زمانی قصد خود را عملی می‌سازد، و گاهی نیز این قصد هم‌راه با ارتکاب بزه به وجود می‌آید، هم‌چنان که در نزاع‌های دسته جمعی یا جرایمی که ناگهان و بدون تصمیم قبلی رخ می‌دهند با این وضعیت مواجه هستیم.

بنابر حقوق اسلامی میان دو حالت فوق تفاوتی نیست و در هر حال، مجازات یکسان است زیرا مبنای تعیین کیفر قصدی است که با عمل مادی نزدیک شده و با ارتکاب عمل به وجود آمده است. بنابر این، صحیح نیست که به سبب قصد قبلی، مجازات شدید شود؛ زیرا این سخن بدان معنا است که قصد به صورت جدا و مستقل از جرم مجازات‌پذیر باشد، قاعده بر این است که تصویر ذهنی و قصد ارتکاب بزه پیش از ارتکاب آن مجازات ندارد؛ زیرا پیامبر (ص) فرموده است: «ان الله تجاوز لامتی عما وسوست او حدثت به أنفسهما

---

1. volonte.

2. intention.

مالم تعمل به او تکلم». بر اساس همین قاعده است که در حقوق اسلامی میان قتل و جرح باسبق تصمیم و بدون سبق تصمیم تفاوتی دیده نمی‌شود و در هر دو حالت یک مجازات پیش‌بینی شده است. مجازات قتل عمد قصاص است؛ خواه در پی تصمیم و ترصد قبلی رخ دهد یا بدون سبق تصمیم به وجود آید و هم‌چنین مجازات‌های پیش‌بینی شده برای شجاج و جراح با سبق تصمیم و بدون آن نیز، یکسان است.

در قوانین عرفی نیز به عنوان یک قاعده‌ی کلی، نیت مستقل از فعل یا قول مجازات‌پذیر نیست، با این حال در پاره‌ای از جرایم، میان مجازات عمد با سبق تصمیم و ترصد با مجازات عمد بدون سبق تصمیم و ترصد تفاوت دیده می‌شود. در قانون جزای مصر در جرم قتل و ضرب و جرح عمدی از این شیوه پیروی شده است.

۲۸۸. تفاوت قصد و انگیزه: در حقوق اسلامی از روز نخست بین قصد و انگیزه تفاوت گذاشته شده است؛ یعنی میان قصد عصیان و انگیزه‌هایی که مجرم را به ارتکاب بزه وادار کرده است و انگیزه را در ساختن جرم و یا کیفر آن مؤثر نشناخته است. از نظر اسلام یکسان است که انگیزه‌ی قتل شرافتمندانه باشد، مانند قتلی که برای انتقام‌گیری یا در مقابل تجاوز به ناموس صورت پذیرد و یا غیرشرافتمندانه باشد، مانند کسی که در مقابل گرفتن پول، شخصی را بکشد و یا به سبب سرقت، او را به قتل رساند. بنابر این، انگیزه‌ی جرم هیچ وابستگی به تعمد جانی در ارتکاب جرم ندارد و در پیدایش جرم و مجازات آن بی‌تأثیر است.

هرچند عملاً ممکن است بواعث در تکوین و مجازات جرایم حدود و قصاص و دیه مؤثر نباشند در جرایم تعزیری ممکن است تأثیر بگذارند، زیرا انگیزه هرچه می‌خواهد باشد با آن که در ماهیت عمل سازنده‌ی جرم تأثیر نمی‌گذارد و هرچند در جرایم حدود و قصاص اختیارات قاضی محدود است به نحوی که نمی‌تواند به انگیزه‌های مجرم بها دهد، در جرایم تعزیری چون قاضی در اختیار مجازات و تعیین نوع آن آزادی عمل دارد، می‌تواند انگیزه‌ی مجرم را در تعیین مجازات مورد حکم، مد نظر قرار دهد. بنابر این از جهت عملی، انگیزه در مجازات‌های تعزیری تأثیر می‌گذارد زیرا این مجازات‌ها از قبل معین نشده‌اند و چون قاضی در تعیین آنها آزادی عمل وسیعی دارد می‌تواند نوع کیفر را شخصاً انتخاب و میزان آن را تعیین کند که اگر انگیزه را رعایت کند، مجازات را تشدید یا تخفیف داده است. البته از این اختیار در چارچوب حق خود بهره می‌جوید و از حدود خود خارج نمی‌شود. اما مجازات جرایم حدود و قصاص از قبل تعیین شده‌اند، قاضی نمی‌تواند چیزی از آنها بکاهد

یا بیفزاید و انگیزه‌ی مجرم هرچه می‌خواهد باشد باید کیفر شرعی را مورد حکم قرار دهد. شرافتمندانه یا غیرشرافتمندانه بودن انگیزه، مجازات را تغییر نمی‌دهد.

بیشتر قوانین وضعی در این زمینه با حقوق اسلامی برابرند در آنها نیز میان انگیزه‌ی جرم و سوءنیت تفاوت گذاشته می‌شود و به صورت یک قاعده‌ی کلی در تکوین جرم و مجازات آن، انگیزه مؤثر دانسته نمی‌شود. به‌رغم این قاعده، از حیث عملی در تعیین مجازات، انگیزه تأثیر می‌گذارد، زیرا قاضی می‌تواند مجازات متناسب را بین حداقل و حداکثر تعیین کند و غالب اوقات حق دارد یکی از دو مجازات قانونی را مورد حکم قرار دهد و نوع و میزان مجازات را به شکلی که مجرم را شایسته‌ی آن می‌داند انتخاب کند و در این انتخاب، لاجرم اوضاع و احوالی را که جرم در آن واقع شده و محیط بر مجرم بوده و انگیزه‌هایی که مجرم را به ارتکاب جرم سوق داده، مد نظر قرار می‌دهد. پس اگر مجرم را شایسته‌ی تخفیف مجازات بداند، در مجازات تخفیف قایل می‌شود و اگر او را سزاوار تشدید بشناسد، مجازات شدیدتری در نظر می‌گیرد. بدین سان، عملاً انگیزه در مجازات تأثیر می‌گذارد. قوانین جزای مصر و فرانسه از این شیوه تبعیت کرده‌اند.

در برخی از قوانین مانند قانون جزای ایتالیا، انگیزه از کیفیات مخففه یا مشدده به شمار می‌آید و قاضی ملزم است تا در تعیین میزان مجازات آن را مد نظر قرار دهد. در این قوانین هرچند برای انگیزه در میزان مجازات اثر قانونی قایل شده‌اند از نظر عملی همان نتایجی را به دست آورده‌اند که در قوانین دسته‌ی اوّل به دست می‌آید؛ زیرا در هر حال، قاضی در حین تعیین مجازات، انگیزه‌هایی را که باعث وقوع جرم شده‌اند در نظر می‌گیرد، اعم از آن که به لحاظ قانونی مکلف به رعایت آنها باشد یا مکلف نباشد.[۱]

تفاوت میان شریعت و قانون در این است که در جرایم بزرگ که با منافع جامعه و نظم آن ارتباط دارد، مثل حدود و قصاص، انگیزه بی‌تأثیر است، اما در دیگر جرایم، هرچند از حیث نظری انگیزه بی‌تأثیر است، عملاً مانعی نیست که قاضی در تعیین مجازات آن را در نظر بیاورد. در غالب قوانین از حیث نظری، بواعث مسکوت گذارده شده، لیکن مانعی وجود ندارد که قاضی هم در جرایم بزرگ و هم در جرایم ساده، انگیزه را مد نظر قرار دهد. بدون شک شیوه‌ای که شریعت انتخاب کرده برتر و سالم‌تر است زیرا مصالح جامعه را در جرایم بزرگ، بالاتر از هر مصلحتی قرار می‌دهد و به قاضی اجازه نمی‌دهد تا مصلحت مجرم را بر منافع جامعه مقدم بدارد زیرا در این صورت، مصلحت عمومی، فدای عواطف و تمایلات اشخاص می‌شود.

---

۱. علی بدوی، *القانون الجنائی*، ص ۳۴۰ به بعد؛ *الموسوعة الجنائیه*، ج ۳، ص ۶۸.

۲۸۹. اشکال قصد: قصد، شکل معین ندارد و به صور گوناگون و برحسب اختلاف جرایم و نیت مجرم آشکار می‌شود، قصد گاهی عام و گاهی خاص است؛ گاهی معین و گاهی نامعین؛ گاهی مباشر است و زمانی غیرمباشر.

۲۹۰. قصد عام و قصد خاص: قصد عام زمانی به وجود می‌آید که جانی در ارتکاب جرم عامد باشد و بداند که عمل ممنوعی را انجام می‌دهد. در بیشتر جرایم، سوءنیت عام کفایت می‌کند، مانند ایراد ضرب و جرح ساده در این قبیل جرایم کافی است که متهم در ارتکاب عنصر مادی بزه عامد بوده و بداند که کار خلاف قانون انجام می‌دهد.

در پاره‌ای از جرایم، مقنن اسلامی سوءنیت عام را کافی نمی‌داند و در کنار آن سوءنیت خاص را لازم می‌شمارد، مثلاً متهم در تحصیل نتیجه معین یا ایراد ضرر خاص هم عمد داشته باشد، چنانچه در قتل عمد و سرقت با این وضعیت مواجه هستیم، مثلاً در بزه قتل عمد، کافی نیست که متهم مجنی‌علیه را مجروح سازد و بداند که ضرب و جرح او ممنوع است، بلکه برای تحقق بزه قتل عمد لازم است که در کنار سوءنیت عام، مقصودش کشتن مجنی‌علیه باشد. بنابر این، شارع، زمانی جانی را مسئول قتل عمد می‌شمارد که علاوه بر دارابودن سوءنیت عام در نتیجه‌ی معین یا قصد خاص هم عامد باشد. پس اگر تنها سوءنیت عام موجود باشد و مجنی‌علیه بمیرد، بزه ارتکابی، قتل شبه عمد است نه قتل عمد.[1] در جرم سرقت، کفایت نمی‌کند که متهم مال دیگری را مخفیانه برباید و بداند که عملش نامشروع است، بلکه در کنار این وصف، باید قصد داشته باشد که مال مسروق را تملک نماید. پس اگر مال را بردارد و قصد تملک نداشته باشد، بزه سرقت به وجود نمی‌آید.

در حالت‌هایی که قصد خاص شرط است، سوءنیت با انگیزه در هم خواهد آمیخت؛ چنانچه قصد خاص، انگیزه‌ی جرم به شمار آید، مثلاً کسی شخصی را به قصد این که از سر راهش بردارد به قتل برساند، قصد خاص وی با انگیزه‌ی جرم در هم می‌آمیزد با این حال نمی‌توان گفت که انگیزه در تحقق جرم یا مجازات اثر گذارده است زیرا در صورت اختلاف انگیزه با قصد خاص، باعث را نه به اعتبار انگیزه، بلکه به اعتبار قصد خاص بودن مد نظر قرار می‌دهیم.

---

۱. مالک در بزه قتل، قصد خاص را شرط نمی‌داند، زیرا به قتل شبه عمد معترف نیست از نظر وی، قتل بر دو نوع است: عمد و خطا، و شق ثالث ندارد. هرکس که با سوءنیت عملی انجام دهد، هرچند قصد قتل ندارد، قاتل عمد است، بنابر این از نظر مالک، در تحقق بزه قتل عمد، وجود قصد عام کفایت می‌کند.

۲۹۱. قصد معین و قصد نامعین: در صورتی گفته می‌شود متهم از ارتکاب جرم قصد معینی داشته است که مقصود او شخص یا اشخاص معینی باشد.[۱]

عمل ارتکابی، معین محسوب خواهد شد زمانی که به صورت طبیعی نتایج محدودی داشته باشد، مانند کسی‌که با چاقو یک یا چند نفر را می‌کشد و یا آن که به صورت طبیعی نتایج نامحدودی داشته باشد، مانند کسی‌که به طرف گروهی نارنجک پرتاب می‌کند. چنین شخصی بدون شک می‌داند که عملش سبب قتل و جرح عده‌ی زیادی خواهد شد؛ هرچند پیشاپیش نمی‌تواند تعداد آنها را مشخص سازد، در حالی‌که این امر در مثال چاقو مقدور بود.

هم‌چنین عمل معین به شمار می‌آید؛ هرچند نتایج نامحدودی داشته باشد. بدین ترتیب که متهم در حین ارتکاب به نتایج عملش آگاه بوده و خواهان تحقق تمام یا برخی از آنها نیز باشد و برایش اهمیت نداشته باشد که کدام یک به وجود آید و چه نتیجه‌ای حاصل شود.

مجنی‌علیه نیز معین فرض می‌شود هرگاه تعیین وی ممکن باشد؛ هرچند به اسم یا شخصیت یا وصف تعیین نگردد؛ مثلاً کسی که قصد دارد یک شخص از گروه معینی را که اعضای آن را می‌شناسد مورد اصابت قرار دهد و به طرف آنها آتش می‌گشاید و یکی از افراد مزبور مورد اصابت گلوله قرار بگیرد، شخص معین را زده است. هم‌چنین است اگر به طرف گروهی شلیک کند که اعضای آن را نمی‌شناسد و در اثر این عمل یک نفر مورد اصابت گلوله قرار بگیرد، شخص معینی را زده است زیرا گروه معین است و مجتمعاً و منفرداً مقصود متهم محسوب می‌شوند.[۲]

قصد در صورتی نامعین است که قصد جانی، ارتکاب عمل معینی علیه شخص نامعینی باشد. شخص مجنی‌علیه زمانی نامعین به شمار می‌آید که پیش از وقوع بزه، شناسایی و تعیین وی مقدور نباشد، مثلاً اگر جانی سگ هاری را رها کند تا هر کس را که ببیند گاز بگیرد، یا در راه چاهی می‌کند تا هر کسی که از آنجا می‌گذرد به درون آن سقوط کند، مجنی‌علیه غیرمعین است. شرط غیر معین بودن قصد آن است که جانی از عمل خود هلاکت شخص معینی را مد نظر نداشته باشد اگر چنین قصدی موجود باشد، نسبت به آن شخص، قصد معین دارد. اگر هم‌راه شخص معین، فرد ناشناس دیگری به هلاکت رسد، نسبت به شخص مورد نظر، قصد جانی معین و نسبت به فرد دوم، غیرمعین به شمار می‌آید.[۳]

به عقیده‌ی فقهای اسلامی، معین و نامعین بودن قصد جانی، بالسویه و از حیث مسئولیت متهم و توصیف عمل او از حکم واحدی برخوردار است، اما در صورتی که بزه

---

۱. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۳۵؛ *البجیرمی علی شرح‌المنهج*، ج ۴، ص ۱۳۰.

۲. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۲ و ۳.

۳. *همان‌جا*؛ *شرح‌الخرشی*، ج ۸، ص ۸.

ارتکابی قتل و قصد متهم غیرمعین باشد، مسئله اختلافی است. به نظر برخی از شافعیه، چنانچه مقصود جانی کشتن فرد معینی نباشد به اعتبار قتل عمد، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد بلکه عمل وی قتل شبه عمد محسوب می‌شود و به این اعتبار، مسئولیت خواهد داشت.[۱] مالکیه میان قتل مباشر و قتل با سببیت تفاوت می‌گذارند در صورت نخست، قصد معین و قصد نامعین را برابر می‌شمارند و قاتل را بازاء قتل عمد مسئول می‌شناسند، اما در حالت ایجاد سببیت، قاتل را در صورتی فاعل عمد به حساب می‌آورند که شخص معینی مقصود او بوده باشد و همین شخص را به قتل برساند. چنانچه مقصودش غیرمعین باشد به اعتبار قتل عمد مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد فقط به اعتبار وقوع قتل شبه عمد مسئولیت خواهد داشت.[۲]

در توجیه رأی شافعیه می‌توان گفت در تحقق قتل عمد، شرط آن است که متهم قصد داشته باشد جان مجنی‌علیه را بستاند. این شرط زمانی به وجود می‌آید که وی عملی را قصد کند که منجر به قتل می‌گردد و مقصودش شخص معینی است. چنانچه مقصود جانی شخص نامعینی باشد بدون شک او قصد دارد عملی را انجام دهد ولی ازهاق، روح مجنی‌علیه را که او را نمی‌شناسد و نمی‌داند که چه کسی خواهد بود، قصد نکرده است، چه بسا بعداً کاشف به عمل آید که مجنی‌علیه عزیزترین و محبوب‌ترین کس متهم است. در نتیجه ممکن نیست جانی قصد صحیح یا جدی برای ازهاق روح انسانی داشته باشد پیش از آن که برایش معین گردد. در قتل عمد، متهم به این اعتبار محاکمه می‌شود که قصد داشته تا روح مجنی‌علیه را بستاند ولی این کلام درباره‌ی قتل شبه عمد صادق نیست و نمی‌توان گفت که مقصود متهم کشتن همین مقتول بوده است، و زمانی که قصد قتل از میان برود، قصد فعلی می‌ماند که به فوت مجنی‌علیه منجر گشته است این عمل در حقوق اسلامی قتل شبه عمد به حساب می‌آید.[۳]

می‌توان نظر مالکیه را هم به شرح فوق توجیه کرد. هم‌چنان که از نظر آنها تفاوت میان قتل مباشر و قتل به تسبیب را، می‌توان این گونه توجیه کرد که مجنی‌علیه در حالتی که قتل بالمباشره رخ می‌دهد غالباً معین و معلوم است، زیرا قاتل بدون دخالت واسطه، شخصاً دست به قتل می‌زند و پیش از آن که به مجنی‌علیه دست‌رسی حاصل کند، "عمل کشنده"

---

۱. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۳؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰؛ *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۲۶.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰؛ *الشرح‌الدردیر*، ج ۴، ص ۲۲۶.

۳. ممکن است با آن که عمل متهم را قتل عمد به حساب آوریم همین نتیجه به دست آید زیرا در صحت قصد و جدی بودن آن شبهه وجود دارد و با وجود شبهه، حدود ساقط می‌شوند، در نتیجه مجازات قصاص ساقط می‌گردد و عمل ارتکابی با آن که قتل عمد است، با مجازات شبه عمد کیفر داده می‌شود.

ممکن نیست از او سر بزند، و وقتی به او دست‌رسی پیدا کرد، مجنی‌علیه معلوم و معین می‌گردد. برعکس، حالت تسبیب که جانی با واسطه دست به قتل می‌زند و غالب اوقات بدون آن که به مجنی‌علیه دست‌رسی داشته باشد و بداند که کیست، می‌تواند عامل "فعل کشنده" به شمار آید.

اما فقهای حنفیه و حنابله و برخی از فقهای شافعیه میان قصد معین و قصد نامعین در بزه قتل و غیر آن تفاوت نمی‌گذارند. در صورتی که عمل جانی به نتیجه‌ی مورد نظر وی منتهی گردد، قاتلِ عمد محسوب است؛ خواه شخص معینی مقصود او بوده باشد یا شخص نامعینی.[1]

تقسیم قصد جانی به معین و نامعین مانند تقسیم آن است به محدود و نامحدود از دیدگاه حقوق عرفی. نظر فقهایی که میان قصد معین و غیرمعین تفاوت نمی‌گذارند با نظر علمای حقوق فرانسه و مصر کاملاً یکسان است، زیرا این دانشمندان هم، میان قصد محدود و نامحدود قایل به فرق نیستند. زیرا مرتکب، در هر حال نتیجه‌ی به دست آمده را قصد کرده و یا در زمان ارتکاب جرم، وقوع آن را پذیرفته است.

در قوانین کیفری مصر و فرانسه میان قصد محدود و قصد نامحدود تفاوت گذاشته نمی‌شود و به این ترتیب این قوانین با آراء فقهایی که میان قصد معین و قصد نامعین قایل به فرق نیستند کاملاً سازگار است. در مادّه‌ی ۲۳۱ قانون جزای مصر مانند ۲۹۷ قانون جزای فرانسه، سبق تصمیم این‌گونه تعریف شده است: «سبق تصمیم، تصمیمی است که پیش از ارتکاب جنحه یا جنایت اتخاذ گردیده است. مقصود تصمیم گیرنده، آزردن شخص معین یا شخص نامعین است که او را بیابد یا با وی مصادف گردد؛ اعم از آن که این قصد به دنبال پیداشدن حادثه‌ای به وجود آید یا به تحقق شرطی موقوف گردد».

نظر فقهایی که میان قصد معین و نامعین تفاوت می‌گذارند مطابق یا نزدیک به نظریه‌ی حقوق آلمان است که هرگاه عمل ارتکابی جانی به نتایجی منتهی گردد که قابل انتظار نبوده یا آنها را به صورت صحیحی قصد نکرده باشد، وی را خطاکار می‌شناسد نه عامد.

۲۹۲. قصد مباشر و قصد غیرمباشر: اعم از آن که مقصود بزه‌کار فرد معینی باشد یا نامعین، زمانی قصد وی مباشر تلقی می‌گردد که در حین ارتکاب جرم به نتایج آن آگاه بوده و آنها را قصد کرده باشد.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۳ و ۲۳۴؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۴؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۳. *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۶۳؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۲۰ به بعد.

زمانی قصد غیرمباشر است که جانی عمل معینی را قصد کند و نتایجی از فعل وی پدید آید که مقصودش نبوده یا پیدایش آنها قابل انتظار نباشد. قصد غیرمباشر به قصد محتمل یا قصد احتمالی نیز تعبیر می‌شود.

فقها معترض قصد مباشر و غیرمباشر نشده‌اند هم‌چنان که از "قصد احتمالی" هم سخن نگفته‌اند. البته مراد این نیست که حقوق اسلامی قصد احتمالی را به رسمیت نمی‌شناسد و میان قصد مباشر و غیرمباشر تفاوت نمی‌گذارد، بلکه از نخستین روز، قصد احتمالی را مورد شناسایی دقیق قرار داده و میان قصد مباشر و غیرمباشر تفاوت گذارده است. بهترین دلیل این مدعا جرایم جرح و ضرب است که متهم در حین ارتکاب ضرب و جرح فقط آزردن و یا تأدیب را قصد می‌کند و توقعش آن است که مجنی‌علیه جراحت مختصری بردارد؛ یا او را گاز بگیرد؛ یا فقط می‌خواهد وی را ناراحت کند با این‌حال متهم فقط در مقابل نتایج مورد نظر خود بازخواست نمی‌شود بلکه بازاء نتایجی که قصد نکرده و یا انتظارش را نداشت نیز بازخواست می‌شود. پس اگر ایراد ضرب و جرح به قطع عضو یا فلج شدن آن منتهی گردد، متهم در مقابل این نتیجه مسئولیت دارد، و اگر به فوت مجنی‌علیه منتهی گردد، در مقابل مرگ وی مسئول است به این اعتبار که مرتکب قتل شبه عمد گردیده است. بنابر این، حقوق اسلامی در جرایم ضرب و جرح، نتایج بزه ارتکابی را بر بزه‌کار تحمیل می‌کند؛ هرچند آنها را قصد نکرده یا انتظارش را نداشته است. تحمیل این نتایج به این معناست که جانی در مقابل قصد غیرمباشر یا قصد احتمالی‌اش مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد.

وقتی شریعت قصد غیرمباشر را مورد شناسایی قرار داده و احکامش را بیان کرده است، اقدام فقها در این زمینه اعم از آن که درباره‌ی قصد احتمالی با توجه به احکام شریعت نظریه‌ی کلی ارائه داده باشند یا خیر و فقط به رعایت احکام شریعت اکتفا نمایند، اهمیت ندارد زیرا یک مسئله‌ی ثانوی است که به برداشت شخصی فقها و شیوه‌ی آنها در کتابت بر می‌گردد. با این‌حال از تتبع در آراء فقها در خصوص قتل و ضرب و جرح، می‌توان به سهولت نظر آنان را درباره‌ی قصد احتمالی به دست آورد. در ذیل ملاحظه خواهد شد که اینان در این مسئله سه نوع نظریه ارائه داده‌اند که با یکدیگر اختلاف ظاهری دارند.

۲۹۳. رأی اول: این رأی را مالک ارائه داده است. وی به هنگام بررسی جرایم قتل و جرح و ضرب بین جرایم عمد و غیرعمد تفاوت می‌گذارد و جانی را در هر دو حال مسئول نتایج حاصل از جرم ارتکابی می‌شناسد. اگر جرم ارتکابی کسی به فوت مجنی‌علیه منتهی گردد مسئول قتل است و اگر به قطع عضو یا فلج شدن او منجر شود، مسئول قطع عضو خواهد

بود و اگر جراحت بدون سرایت بهبود یابد یا از ایراد ضرب اثری بر جای نماند، مسئولیت متهم به اندازه‌ی تأثیر عملش خواهد بود. تفاوت جرایم عمد و غیرعمد در عنصر مادی نیست بلکه این تفاوت از قصد متهم در حین ارتکاب جرم پدیدار می‌گردد، کسی که به قصد زیرپا گذاشتن امر شارع مرتکب جرم می‌گردد، عامد است و آن که بدون قصد عصیان انجام می‌دهد، غیرعامد است.

مالک در جرایم قتل و جرح و ضرب، سوءنیت عام را کافی می‌داند، و در تحقق قتل عمد، لازم نمی‌داند که قصد متهم کشتن مجنی‌علیه باشد،[1] در قطع عضو یا فلج شدن نیز لازم نمی‌داند که جانی آن را خواسته باشد. از این رو به عقیده‌ی مالک، متهم قاتل به حساب خواهد آمد چنانچه با سوءنیت به مجنی‌علیه سیلی یا لگد بزند و او بمیرد، هم‌چنین است در فرضی که مجنی‌علیه را با سنگ کوچک یا چوب‌دستی یا عصا و آرام می‌زند؛ هرچند ضربات متعددی وارد نسازد به شرط آن که با سوءنیت بزند و به مرگ مجنی‌علیه منتهی گردد، قاتل عمد به شمار می‌آید. هم‌چنین کسی که با سوءنیت دیگری را هل دهد، یا پایش را جلوی پای وی بگذارد و بر زمین بیفتد و در اثر سقوط بمیرد، قاتل عمد است. مالک در کلیه‌ی حالات فوق لازم نمی‌داند که آلت به کار رفته قتاله بوده و یا بزه کار، کشتن مجنی‌علیه را قصد کرده باشد.[2] کسی که با سوءنیت به دیگری سیلی بزند و چشم مجنی‌علیه از حدقه درآید یا بینایی خود را از دست بدهد، مسئول نتیجه‌ی عمل خود خواهد بود؛ هرچند آن را قصد نکرده یا انتظار وقوع آن را نداشته باشد.[3]

زمانی که متهم صرفاً به سبب سوءنیت در مقابل تمام نتایج عملش مسئول است بدین معناست که وی تنها در مقابل قصد معین و محدودش مؤاخذه نمی‌شود بلکه در مقابل آنچه احتمالاً بر این قصد مترتب می‌شود یا به تعبیر کنونی در مقابل قصد احتمالی‌اش نیز مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد.

خلاصه‌ی رأی مالک این است که متهم در مقابل کلیه‌ی نتایج حاصل از عملی که قصد انجام آن را داشته است مسئولیت دارد؛ خواه مستقلاً این نتایج را خواسته باشد یا آنها را قصد نکند؛ خواه احتمال بدهد که آنها پدید آیند و خواه احتمال ندهد و خواه نتایج مزبور از آثار قریب فعل ارتکابی به حساب آیند که غالباً رخ می‌دهند و خواه از آثار بعید باشند که به ندرت به وجود می‌آیند.

---

۱. محاکم فرانسه تا سال ۱۸۳۲ در جرایم قتل عمد سوءنیت عام را کافی می‌دانستند؛ تا این که به موجب قانونی، برای ایراد ضرب منتهی به فوت، مجازات خاصی در نظر گرفتند.

۲. *المدونه*، ج ۱۶، ص ۱۰۸؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰.

۳. *همان*، ج ۶، ص ۲۴۶ تا ۲۴۹.

مالک در ادعای خود و با توجه به نظریه‌اش منطقی است. زیرا به قتل شبه عمد معترف نیست و قتل را بر دو نوع می‌داند: عمد و خطا، از این رو بر این ادعا نیست که در قتل عمد، نیت خاص (سوءنیت خاص) را شرط بداند تا آن را از شبه عمد تفکیک کند.

۲۹۴. رأی دوم: این رأی را فقهای مذهب حنفی ارائه کرده‌اند و رأی ضعیف مذهب احمد هم همین است. طرف‌داران این رأی، جرایم عمدی قتل و جرح را از نوع غیرعمدی آن تفکیک کرده ولی در هر دو حال جانی را در مقابل نتیجه‌ی حاصل از عمل مسئول می‌دانند. به زعم آنان، تفاوت جرایم عمدی از غیرعمد در قصد جانی است، اگر به قصد عصیان و زیرپا گذاشتن امر شارع دست به عمل زده است عامد و اگر به قصد نافرمانی نباشد، غیرعامد است.

اینان قصد در قتل عمد را از قصد در سایر جرایم بر نفس یا مادون نفس[1] جدا می‌سازند. در قتل عمد لازم می‌دانند که جانی علاوه بر قصد ارتکاب عمل، کشتن مجنی‌علیه را نیز قصد کند، اگر این دو قصد موجود باشد، جانی قاتل عمد است و اگر قصد اوّل به تنهایی موجود باشد، عمل ارتکابی، قتل شبه عمد است.

به جز قتل عمد در سایر جرایم قصد عام ــ سوءنیت عام ــ یا قصد عصیان را کافی می‌دانند؛ یعنی تعمد در ارتکاب فعل با علم به ممنوعیت آن. در صورت وجود این قصد، جانی در مقابل نتایج عملش مسئول خواهد بود؛ اعم از آن که کلیه‌ی آنها را قصد کرده باشد یا قصد نکرده باشد و اعم از آن که وقوع آنها را انتظار بکشد، یا رخ دادنشان را پیش‌بینی نکند، و اعم از آن که از نتایج نزدیک عمل به شمار آیند که غالباً پدید می‌آیند و یا از آثار دور باشند که به ندرت اتفاق می‌افتند. اگر کسی دیگری را کتک بزند و در اثر ضرب بمیرد در مقابل بزه قتل شبه عمد، مسئول است نه در مقابل ایراد ضرب، اگر کسی به دیگری سیلی بزند و چشم مجنی‌علیه از حدقه درآید یا بینایی‌اش را از دست بدهد، در مقابل نتیجه‌ی عمل ارتکابی مسئولیت دارد و نه در مقابل عملی که قصد کرده بود[2] و هکذا.

---

۱. فقها میان جنایت بر نفس و بر دون نفس فرق می‌گذارند، جنایت بر نفس جرمی است که به مرگ مجنی‌علیه منتهی گردد؛ خواه به عمد باشد یا غیرعمد. جنایت بردون نفس، هر نوع آزاری است که بر جسم کسی وارد شود واو را نکشد. جنایت بر نفس تعبیر دقیق و گسترده‌ای است که انواع تعدیات را که به تصور آیند در بر می‌گیرد، مانند ضرب و جرح، انداختن، گرفتن، فشار دادن، چیدن و کندن مو، در قانون جزای مصر از این همه به ضرب و جرح تعبیر شده است که نارساست و جز آن دو، سایر تعدیات را در بر نمی‌گیرد.

۲. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۲۸۷؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۳؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۱۰؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۴۲۸.

طرف‌داران این رأی، در یک مورد با مالک موافق هستند و در مورد دیگر با وی مخالف‌اند. در جرایم دیگر غیر از قتل، که جانی را در مقابل قصد احتمالی وی قابل مؤاخذه و در مقابل نتایج عمل متعمدانه‌اش مسئول می‌دانند، هرچند آنها را قصد یا وقوع آنها را پیش‌بینی نکند، با مالک موافق‌اند. در قتل عمد با او مخالف هستند زیرا عقیده دارند برای این که جانی قاتل عمد به شمار آید باید کشتن مجنی‌علیه را هم قصد کرده باشد. در حالی که به نظر مالک در قتل عمد و جرایم دیگر، جانی در مقابل قصد احتمالی‌اش قابل مؤاخذه است. ریشه‌ی این اختلاف در آنجاست که فقهای دیگر غیر از مالک، قتل را بر سه نوع می‌دانند: عمد؛ شبه عمد؛ و خطا.

این تقسیم‌بندی ایجاب می‌کند تا برای هر یک از انواع آن حدی را در نظر بگیرند تا از نوع دیگر بازشناخته شود. از این رو در قتل عمد شرط می‌دانند که جانی یا متهم علاوه بر عمل ارتکابی، کشتن مجنی‌علیه را هم مد نظر داشته باشد تا آن را از قتل شبه عمد که در تحقق آن قصد جانی به ارتکاب عمل سالب حیات کفایت می‌کند تفکیک دهند. بنابر این درصورتی‌که جانی عمل سالب حیات و ستاندن جان مجنی‌علیه را توأماً قصد کند، قاتل عمد محسوب می‌گردد و درصورتی‌که فقط عمل کشنده مقصود او باشد، قاتل شبه عمد به شمار می‌آید در حالی که به نظر مالک، وی در هر دو حالت قاتل عمد است.

۲۹۵. رأی سوم: این رأی را شافعی ارائه کرده است و رأی برتر مذهب احمد نیز هست. اصحاب این رأی بین جرایم عمد و غیرعمد تفاوت می‌گذارند و جانی را در هر دو حالت در مقابل نتیجه‌ی عملش مسئول می‌شمارند و اساس تفرقه بین آن دو را قصد وی به حساب می‌آورند. از این رو اگر فاعل، عملی را به قصد نافرمانی انجام دهد، عامد، و چنانچه قصدش نافرمانی نباشد، غیرعامد نامیده می‌شود.

در جرایم تعدی بر نفس بین قتل عمد و شبه عمد تفاوت قایل هستند و جانی را درصورتی‌که خواهان فعل و خواهان نتیجه ـ کشتن مجنی‌علیه ـ باشد به عنوان قاتل عمد قابل مؤاخذه می‌دانند. اگر فقط در فعل قاصد باشد و نتیجه را نخواهد، هرچند عمل ارتکابی غالباً منجر به مرگ نمی‌شود به عنوان قاتل شبه عمد مورد بازخواست قرار می‌گیرند. بنابر این درمحدوده‌ی قتل عمد برای قصد احتمالی، مجال و جولانگاهی نمی‌ماند. در این نکته اصحاب این رأی با اصحاب رأی پیشین موافق‌اند.

در جرایم مادون نفس یعنی ایراد ضرب و جرح، طرف‌داران این رأی جانی را در مقابل نتایج حاصل از عملی که آن را قصد کرده بود متعهد می‌شمارند و وی را در مقابل نتایجی که غالباً از عمل وی پدید می‌آیند، هرچند آنها را قصد و وقوع آنها را پیش‌بینی نکرده باشد،

مسئول می‌دانند. زیرا منجر شدن عمل ارتکابی جانی به این نتایج، آنها را در حکم نتیجه‌های مورد نظر وی قرار می‌دهد. پس اگر عمل وی پی‌آمدهایی داشته باشد که آنها را قصد نکرده بود و عملش غالباً به آن نتایج منتهی نمی‌گشت، بازاء این نتایج به عنوان فاعل عمد مسئولیت ندارد زیرا آن پی‌آمدها را قصد نکرده است. هم‌چنین به عنوان فاعل به خطا نیز در مقابل آنها مسئولیت ندارد بلکه چون در ارتکاب فعل قاصد بوده هرچند در نتایج آن قصد نداشته است، مسئولیت وی از نوع شبه عمد است. مجازات شبه عمد که میان عمد و خطا جایگاه دارد، از عمد سبک‌تر و از خطا سنگین‌تر است. در اصل، شبه عمد آمیزه‌ای از عمد و خطاست. زیرا جانی در ارتکاب فعل، عمد دارد و نتایج آن را نمی‌خواهد، به علاوه در شبه عمد، پی‌آمدها از نتایجی نیستند که غالباً فعل متهم به آنها منتهی می‌گردد، در نتیجه جانی در فعل متعمد است و در نتایج آن خطاکار. پس واجب است با مجازاتی کیفر شود که میان مجازات عمد و خطا قرار داشته باشد. از این رو کسی‌که به دیگری سیلی می‌زند و چشم مضروب از حدقه در می‌آید یا بینایی‌اش را از دست می‌دهد بدون این که ضارب خواستار این نتیجه باشد به عنوان فاعل عمد مؤاخذه نمی‌شود زیرا نتیجه‌ی حاصله مقصود وی نبوده است، به علاوه، سیلی زدن غالباً این پی‌آمد را در پی ندارد. هم‌چنین مسئولیت وی از نوع خطا نیست چون در ارتکاب فعل، عمد داشته است، بلکه مسئولیت وی از نوع شبه عمد خواهد بود که مجازاتش نسبت به عمد، سبک و نسبت به خطا، سنگین است. کسی که انگشت خود را به چشم کسی فرو برد و آن را از حدقه درآرد یا بینایی او را از بین ببرد در مقابل نتیجه‌ی عملش به عنوان فاعل عمد مسئولیت دارد، زیرا هم در فعل، قصد داشته و هم نتیجه را می‌خواسته است، و یا به این اعتبار، فاعل عمد خواهد بود که غالباً این عمل به چنین نتیجه‌ای منتهی می‌گردد. کسی که شخصی را با سنگ می‌زند و در سر وی جراحت موضحه یا هاشمه[1] ایجاد می‌کند از نتیجه‌ی عملش به عنوان فاعل عمد مورد بازخواست قرار می‌گیرد زیرا در فعل قاصد بوده است و این عمل غالباً به چنین نتیجه‌ای منتهی می‌گردد. اما کسی که به طرف شخصی سنگ‌ریزه‌ی کوچک بیندازد و به پیشانی وی اصابت کند و موجب ورم صورتش گردد و سپس به جراحت موضحه تبدیل شود، بازاء این نتیجه، مسئولیت عمدی ندارد چون آن را قصد نکرده بود و این عمل غالباً به این نتیجه منتهی نمی‌گردد، بلکه تحت عنوان شبه عمد مورد بازخواست قرار می‌گیرد.[2]

---

۱. موضحه و هاشمه نام دو نوع از جراحت‌های "شجاج" هستند و شجاج به جراحتی گفته می‌شود که به سر و صورت وارد شود.

۲. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۶۷؛ *الام*، ج ۶، ص ۴۵؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۸۶؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۱۰؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۴۲۸.

۲۹۶. مقایسه‌ی نظریات سه‌گانه: در جرم قتل عمد به نظر ابوحنیفه و شافعی و احمد، قصد احتمالی وجود ندارد و حال آن که مالک به وجود آن معترف است و در هر حال جانی را مقابل پی‌آمدهای احتمالی قابل مؤاخذه می‌داند.

ریشه‌ی اختلاف در این است که مالک قتل را بر دو قسم می‌داند: عمد، و خطا؛ آنچه خطا محسوب نشود، عمد است، و در تحقق هر عمدی، برخلاف قانون و عدوانی بودن، عمل ارتکابی کفایت و همین ویژگی عمد را از خطا جدا می‌کند. اما دیگر ائمه، قتل را به عمد، شبه عمد و خطا تقسیم می‌کنند و در عمد، علاوه بر قصد فعل، قصد ازهاق روح مجنی‌علیه را نیز شرط می‌شمارند، و اگر بزه‌کار فقط در فعل قاصد باشد و نتیجه را نخواهد، مرتکب قتل شبه عمد شده است نه قتل عمد، و کیفری در انتظار اوست که از مجازات عمد سبک‌تر و از کیفر خطا سنگین‌تر است، و اشتراط همین قصد باعث شده است که به نظر این فقها، قصد احتمالی، در محدوده‌ی قتل عمد به وجود نیاید.

تمام فقها در مادون نفس یعنی ضرب و جرح و مانند این‌ها به وجود قصد احتمالی معترف هستند. مالک و ابوحنیفه، جانی را مادامی‌که در عمل ارتکابی عامد است، در مقابل قصد احتمالی ـ پی‌آمدهای احتمالی ـ قابل مؤاخذه می‌شمارند. رأی ضعیف در مذهب احمد نیز چنین می‌گوید. شافعی با رأی برتر مذهب احمد در این مسئله موافق است که جانی در مقابل پی‌آمدهایی که در حین ارتکاب جرم مد نظر داشته مسئولیت عمدی دارد و بازاء قصد احتمالی مؤاخذه می‌شود، و هرجا که نتیجه‌های عمل در حکم نتیجه‌ی مورد نظر باشند در مقابل آنها به عنوان فاعل عمد مسئول است. زمانی پی‌آمدهای کار در حکم نتایج، مقصود به حساب می‌آیند که غالباً در پی عمل ارتکابی پدیدار شوند. اگر این نتایج در مد نظر و یا غالبةالوقوع نباشند، در حکم نتایج، غیرمقصود به شمار می‌آیند، با این وصف، جانی به عنوان فاعل به خطا در مقابل آنها مؤاخذه نمی‌شود، زیرا در ارتکاب فعل، عمد داشته است، بلکه به عنوان فاعل شبه عمد، پاسخ‌گو خواهد بود و به مجازاتی کیفر می‌بینند که در حد وسط مجازات‌های عمد و خطا قرار دارد.

۲۹۷. بررسی تطبیقی: جرایم قتل و ضرب و جرح از اولین جرایمی بودند که نظریه‌ی "قصد محتمل یا پی‌آمدهای احتمالی جرم" در آنها مطرح شد و احکامی که برای آنها وضع گردید فکر "قصد احتمالی" را به وجود آورد که بنابر آن، نظریه‌ی خاصی وضع شد.

در غالب قوانین برای "قصد احتمالی" قاعده‌ی کلی وضع نشده و فقط در جرایم خاصی مثل ضرب و جرح و دیگر تعدیات که به قتل و جرح منجر می‌شوند به وضع ماده‌ای اکتفا

شده، مثلاً در قانون جزای مصر در جرایم ضرب و جرح، جانی در مقابل قصد احتمالی، قابل مؤاخذه دانسته شده است. (مواد ۲۴۰ الی ۲۴۳) هم‌چنین در بزه شکنجه‌کردن متهم به منظور تحصیل اقرار (مادّه‌ی ۱۲۶) و بستن جاده‌ها و ناامن کردن آن در صورتی که به قتل و یا جرح کسی منجر شود (مواد ۱۶۷ و ۱۶۸) و ایجاد حریق عمدی در صورتی که باعث مرگ یکی از ساکنان گردد (مادّه‌ی ۲۵۷) و تشویق اطفال به کارهای خطرناک در صورتی که باعث قطع عضو یا فلج‌شدن یا مرگ طفل گردد (مواد ۲۸۵ و ۲۸۶). مقنن مصری برای قصد احتمالی، قاعده‌ی کلی وضع نکرده است مگر در موردی که مجازات شرکای جرم را بیان می‌کند بنابر مادّه‌ی ۴۳: «هرکسی در ارتکاب جرم مشارکت کند، مجازاتش مجازات فاعل اصلی آن است؛ هرچند جرم ارتکابی غیر از جرمی باشد که آن را اراده کرده بود، مادامی که جرم حاصل از عمل ارتکابی نتیجه‌ی احتمالی تشویق و اتفاق و مساعدت به شمار آید».

اخیراً در قوانین، نظریه‌ی قصد احتمالی مورد شناسایی قرار گرفته است و از نظریاتی به‌حساب می‌آید که از حیث نظری و علمی وجودش مسلم است ولی از حیث عملی و در مرحله‌ی عمل، اختلافی است. در قوانین در میزان رعایت آن با یکدیگر اختلاف است و علمای حقوق در توصیف و تعریف آن به یکسو نرفته‌اند، لیکن آنچه قوانین و علمای حقوق، به رغم اختلافشان پذیرفته‌اند در مجموع جدا از نظریات سه‌گانه‌ی فقه اسلامی نیست.

در قانون جزای مصر در جرم قتل و ضرب و جرح از نظریه‌ی ابوحنیفه پیروی شده است؛ هرچند در جرم قتل، صراحتاً قصد قتل را شرط نمی‌داند، زیرا این شرط ایجاب می‌کند که بین قتل عمد و ضرب منتهی به فوت تفاوت گذاشته شود به علاوه، قبول این شرط باعث دورشدن قصد احتمالی از دایره‌ی قتل عمد می‌گردد. این قانون متهم به ایراد ضرب و جرح را در مقابل پی‌آمدهای عملش مسئول می‌داند؛ خواه آنها را قصد کند و خواه قصد نکند؛ خواه وقوع آنها قابل انتظار باشد و یا پیش‌بینی نشود، و خواه این آثار از نتایج نزدیک عمل ارتکابی به شمار آیند و خواه از نتایج دور آن.

حکم قانون جزای فرانسه در جرایم قتل و ضرب و جرح مانند قانون جزای مصر است، مثلاً اگر متهم شخصی را با عصا بزند و مجروح سازد و جراحت باعث مرگ او گردد، وی را در مقابل ایراد ضرب منتهی به فوت مسئول می‌داند. اگر ایراد ضرب از خود اثری برجای گذارد، جانی در مقابل آن مسئول است، و اگردر اثر آن مجنی‌علیه بیست روز طول درمان اخذ کند در مقابل این نتیجه مسئول است، و اگر مدت درمان کمتر از این مدت باشد، بازاء همین مدت مسئولیت دارد. در کلیه‌ی حالت‌های فوق، جانی به عنوان فاعل عمد مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد و نه به عنوان فاعل به خطا.

حقوق‌دانان مصری و فرانسوی در مقابل آنچه گفته شد به عنوان یک حکم قانونی تسلیم هستند و در قتل عمد، قصد احتمالی را نمی‌پذیرند زیرا قبول آن باعث درآمیختگی قتل عمد با ضرب منتهی به فوت می‌گردد و تمیز آن دو را از یکدیگر مشکل می‌سازد ولی در جرایم دیگر، نظریه‌ی خود در خصوص قصد احتمالی را بر پایه‌ی دیگری استوار می‌سازند و جانی را در مقابل پی‌آمدهای نزدیک و محتمل‌الوقوع و قابل پیش‌بینی عملش مسئول می‌دانند؛ خواه جانی به هنگام ارتکاب جرم به آنها توجه داشته یا نداشته است.

برخی از علمای حقوق مایل‌اند که جانی را در دو حالت متعمد بشناسند:

اول: اگر قانون چنین بگوید؛ دوم: چنانچه پی‌آمدها از نتایج لازم عمل متهم به شمار آیند به نحوی که نتوان تصور کرد که متهم این عمل را قصد کند ولی نتایج آن را مد نظر قرار ندهد. غیر از این دو حالت، جانی به عنوان فاعل به خطا، تعقیب خواهد شد.[۱]

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که قوانین مصر و فرانسه در قتل و ضرب و جرح، کاملاً از نظریه‌ی ابوحنیفه تبعیت کرده‌اند و فقط در ضرب و جرح از نظریه‌ی مالک و در آنچه مربوط به قتل است تابع نظر شافعی هستند.

اما نظریه‌ی حقوق‌دانان مصری و فرانسوی به نظریه‌ی شافعی و رأی برتر مذهب احمد نزدیک‌تر است، با این‌حال، نظریه‌ای که فقهای اسلامی ارائه داده‌اند از منطق و مقیاس دقیق‌تری برخوردار است. زیرا نتایج غالبةالوقوع را در حکم پی‌آمدهای مقصود و جانی را در حکم عامد قرار می‌دهد و برای پی‌آمدهایی که غالباً رخ نمی‌دهند، حکم خاصی در نظر گرفته است و جانی را به عنوان فاعل شبه عمد مسئول می‌داند، این یک منطق دقیق و عاری از غموض و پیچیدگی است. میزانی که مسئولیت جانی در مقابل نتایج غیر مقصود با آن سنجیده می‌شود "غالبةالوقوع" بودن آنهاست. این میزان، عادلانه است زیرا پی‌آمدهایی که غالباً رخ می‌دهند همیشه در ذهن جانی قرار دارند و هیچ وقت از حیث ذهنی از عمل مادی تفکیک‌پذیر نیست، و هرگاه جانی فعل مادی مزبور را قصد کند، پی‌آمدهای احتمالی آن را نیز مد نظر قرار می‌دهد. پس مقیاس مزبور، چون بر پایه‌ی مادیِ ثابت یعنی "غالبةالوقوع" بودن استوار است، بنابراین، خودش نیز ثابت به شمار می‌آید، و پایه و مبنای اعتباری ندارد؛ تا برحسب اختلاف افراد و قدرت تفکر و استنتاج آنها تغییر کند. اما علمای حقوق نظریه‌ی خود را بر پایه‌های ثابت و لایتغیری استوار نکرده‌اند و مسئولیت را با موازینی می‌سنجند که دقیق نیستند، مثلاً جانی را در مقابل نتایج قریب و محتمل‌الوقوع و قابل پیش‌بینی عملش

---

۱. دکتر کامل مرسی و دکتر سعید مصطفی، شرح *قانون‌العقوبات*، ص ۳۷۵؛ مجله‌ی *القانون و الاقتصاد*، سال اول، ص ۸۷۷

مسئول می‌شناسند. شرط "پی‌آمدهای نزدیک" تا زمانی که درجه‌ی نزدیکی مرز مشخصی ندارد نمی‌تواند مقیاس صحیح و اساسی ثابت به شمار آید. "محتمل الوقوع" بودن نیز میزان صحیح و اساس ثابت نیست. درباره‌ی "قابل پیش‌بینی بودن" نیز همین ایراد وارد است. نتایج احتمالی گاهی نزدیک و گاهی بعیدند، و نتیجه‌ای را که ممکن است شخصی پیش‌بینی کند، ممکن است قابل پیش‌بینی توسط شخص دیگر نباشد و آنچه را شخصی احتمال می‌دهد، ممکن است دیگری احتمال ندهد. شاید همین ایرادات باعث شده تا برخی از علمای حقوق بگویند، جانی زمانی مسئولیت عمدی دارد که پی‌آمدهای حاصله، از ملزومات عمل ارتکابی باشند به نحوی که قابل تصور نباشد، متهم، فعل را قصد بکند ولی نتایج آن را مورد نظر قرار ندهد. این دانشمندان هرچند مقیاس مادی ثابتی را به دست آورده‌اند، نظریه‌ی قصد احتمالی را از میان برده‌اند، زیرا پی‌آمدهای ملازم فعل، همان نتایج طبیعی هستند که جانی براساس سوءنیت عام و بدون آن که استناد به نظریه‌ی قصد احتمالی نیاز باشد، در مقابل آنها مسئول است.

در قانون انگلیس در تحقق قتل عمد، اراده‌ی قتل شرط قلمداد نمی‌شود و جانی را در صورتی که بداند، یا قادر به تشخیص این نکته باشد که ممکن است عمل ارتکابی وی منتهی به فوت مجنی‌علیه گردد، قاتل عمد به شمار می‌آورد؛ اعم از آن که خواهان این نتیجه باشد یا نباشد. در قانون سودان نیز از این نظر تبعیت شده است زیرا عمل را قتل عمد محسوب می‌دارد در صورتی که به قصد ایجاد مرگ به وجود آید؛ یا اگر فاعل بداند و یا ملزم به این آگاهی باشد که چه بسا نتیجه‌ی احتمالی عملش مرگ مجنی‌علیه یا هرگونه ضرر جدی خواهد بود که از کار وی ناشی می‌گردد.[1]

پس در قانون انگلیس و سودان در قتل عمد، جانی در مقابل قصد احتمالی، قابل تعقیب است و مؤاخذه می‌شود، این موضع، با نظریه‌ی آلمانی که در قتل و دیگر جرایم بازاء قصد احتمالی، بزه‌کار را قابل مؤاخذه می‌شناسد سازگار است و چنانچه قبلاً گفته شد، مجرم در صورتی بازاء پی‌آمدهای احتمالی مؤاخذه می‌شود که وقوع آنها را احتمال بدهد؛ هرچند ذاتاً مقصود او نباشند.

نظریه‌ی آلمانی و قوانین انگلیس و سودان با مذهب مالک، در قابل مؤاخذه دانستن بزه‌کار، بازاء پی‌آمد احتمالی عملش سازگار است، بااین‌همه و به‌رغم این سازگاری ظاهری، مذهب مالک از نظریه‌ی آلمانی و آنچه در قوانین انگلیس و سودان آمده گسترده‌تر است. زیرا براساس آنها، بزه‌کار در صورتی به سبب قصد احتمالی مؤاخذه می‌شود که احتمال

---

۱. احمد بیک امین، ص ۳۱۹. مجله‌ی *القانون و الاقتصاد*، سال اول، ص ۸۷۶.

بدهد، عمل ارتکابی‌اش به مرگ مجنی‌علیه منتهی می‌گردد، اما به موجب مذهب مالک، وی مسئول قتل است؛ هرچند آن را قصد نکرده یا انتظارش را نداشته باشد، مثلاً اگر متهم شخص سالمی را با سیلی و با سوءنیت بزند، بدون آن که قصد قتل او را داشته باشد و یا حتی این کار به ذهن وی خطور کند و مجنی‌علیه در اثر سیلی بمیرد، به عقیده‌ی مالک، جانی قاتل عمد است،[1] ولی براساس نظریه‌ی آلمانی و قوانین انگلیس و سودان، قاتل عمد محسوب نمی‌گردد.

نباید فراموش شود که موازین نظریه‌ی آلمانی و قوانین انگلیس و سودان برای سنجش پی‌آمدهای احتمالی، موازین شخصی و غیرثابت است. طبق نظریه‌ی آلمانی، بزه‌کار باید نتیجه‌ی حاصل را، تصور کرده یا وقوع آن را احتمال بدهد. تصور، یک امر درونی است که اثبات آن مشکل است مگر آن که متهم اقرار کند و آنچه را یک فرد تصور می‌کند با تصور فرد دیگری همانند نیست و لذا وضع قاعده‌ی کلّی برای "تصور نتیجه‌ی احتمالی" مشکل است. به موجب قوانین انگلیس و سودان، متهم باید بداند یا در قدرت او باشد که بداند، چه بسا عمل ارتکابی او باعث مرگ می‌شود. علم هم یک امر داخلی و درونی است و اثبات آن مادامی‌که بزه‌کار اعتراف نکند مشکل است و آنچه را یک فرد می‌داند یا می‌تواند بداند، گاهی فرد دیگر آن را نمی‌داند یا نمی‌تواند بداند از این رو مقدور نیست برای دانستن و قدرت بر دانستن، قاعده وضع کرد.

در قوانین وضعی جدید تلاش شده است تا برای قصد احتمالی مقررات کلی وضع شود، لیکن این مقررات به‌رغم اختلافشان از آنچه فقهای اسلام بیان کرده‌اند، مطلب اضافه‌ای ندارند، مثلاً قانون جزای مکزیک که در ۱۹۳۱ تصویب شده است، در صورتی که نتایج بزه ارتکابی از پی‌آمدهای ضروری یا معمولی آن به حساب آید؛ یا بزه‌کار پیدایش آنها را احتمال بدهد، یا با اطلاع از نتیجه‌ی کارش در هر شکل و صورت، تصمیم بگیرد قانون‌شکنی کند، بزه‌کار را در مقابل آن پی‌آمدها ـ هرچند مقصودش نبوده است، فاعل عمد محسوب می‌دارد. باید گفت آنچه این قانون اتخاذ کرده، آمیزه‌ای از نظریات اسلامی است. قانون جزای مصوب ۱۹۳۰ ایتالیا، بزه‌کار را در مقابل نتیجه‌هایی که مقصود او نبوده‌اند مسئول می‌شناسد و او را با مجازاتی کیفر می‌دهد که از مجازات عمد کمتر و از مجازات خطا بیشتر است. این نظریه بر همان مبانی استوار است که نظریه‌ی شافعی و رأی برتر مذهب احمد بر آنها استوار است.

---

۱. رویه‌ی فرانسوی تا ۱۸۳۲ با مذهب مالک مطابق بود؛ تا این که قانونی در مورد ضرب منتهی به فوت تصویب شد که مجازات آن کمتر از قتل است.

از آنچه گفته شد به روشنی پیداست که در قوانین وضعی، مطلب جدیدی درباره‌ی قصد احتمالی نرفته است و حقوق‌دانان عصر ما بیشتر از آنچه فقها در دوران گذشته بیان کرده‌اند، سخن تازه نیاورده‌اند. در حقوق اسلامی، قصد احتمالی در محدوده‌ی قتل عمد و ایراد ضرب و جرح مورد شناسایی قرار گرفته و قوانین نیز چنین کرده‌اند، و هم‌چنان که ملاحظه شد، نظریات فقهای اسلامی از آرای علمای حقوق، از حیث منطقی دقیق‌تر و از نظر دایره‌ی شمول، گسترده‌تر و از جهت اتقان برتر و بهتر است.

مبحث پنجم: تأثیر جهل، اشتباه و فراموشی در مسئولیت کیفری

۲۹۸. اثر جهل در مسئولیت کیفری: این قاعده که بزه‌کار زمانی به سبب فعل حرام مؤاخذه می‌شود که به حرمت آن آگاهی کامل داشته باشد و الا از مسئولیت مبرا است، از مبانی و قواعد اولیه‌ی حقوق اسلامی است.

اگر شخص بتواند نسبت به حرمت عمل، آگاهی به دست آورد، در تحقق اطلاع از حرمت کفایت می‌کند. پس اگر انسانی در حال عقل بالغ شود و برایش میسر باشد که یا با مراجعه به نصوص و یا با پرسش از صاحب نظران به محرمات و اعمال ممنوع علم پیدا کند، عالم به اعمال ممنوع فرض می‌شود و عذر جهل یا عدم اطلاع از وی پذیرفته نیست از این رو فقها می‌گویند: «در دار اسلام عذر جهل به احکام مقبول نیست».

مکلف عالم به احکام فرض می‌شود، چنانچه امکان اطلاع فراهم باشد و چنین نیست که حتماً باید از حرمت عمل مطلع باشد تا عالم به آن فرض شود. از این جهت است که نص متضمن حکم حرمت برای هرکس معلوم و شناخته شده فرض می‌شود؛ هرچند غالب مردم نسبت به آن بی‌اطلاع باشند و چیزی درباره‌اش ندانند، البته به این شرط که اگر مایل به آگاهی بودند می‌توانستند آن را بدانند. این توضیح لازم است که علم و اطلاع حتمی، شرط نیست وگرنه جامعه دچار هرج‌ومرج و باب ادعای به جهل مفتوح و اجرای احکام الهی تعطیل می‌شد.

این یک قاعده‌ی کلی بدون استثنا در حقوق اسلامی است. اگر فقها ادعای جهل به احکام را از کسی که بادیه‌نشین است و با مسلمانان آمیزش ندارد و یا از کسی که جدیداً مسلمان شده و در میان مسلمین زندگی نکرده است می‌پذیرند، یک استثنا بر قاعده‌ی کلی نیست، بلکه در ادامه‌ی رعایت همان قاعده‌ی کلی است که مؤاخذه‌ی جاهل به حرمت را تا زمانی که اطلاع از حرمت برایش میسر باشد، ممنوع می‌سازد. افرادی از این قبیل که در

چنان موقعیتی نبودند، عالم به احکام شریعت فرض نمی‌شوند. اما اگر مدعی جهل، در میان مسلمین نشو و نما کرده یا از اهل فن به شمار آید، ادعایش پذیرفته نمی‌شود.

جهل به معنای حقیقی احکام، با جهل نسبت به خود آنها، حکم واحد دارد. اگر بزه‌کار ادعا کند که این نص بر حرمت دلالت نمی‌کند و یا نص دیگری این عمل را مباح می‌داند، جهل وی در معنای حقیقی احکام است که در شمار عوامل و اسباب رافع مسئولیت نبوده در واقع برداشت و تفسیر غلط از متون به حساب می‌آید. از مثال‌های معروف درباره‌ی تفسیر غلط، ادعای گروهی از مسلمانان است که در شام شراب نوشیده بودند و عمل خود را به استناد این آیه‌ی قرآن حلال و مجاز می‌شمردند: «لیس علی‌الذین آمنوا و عملوا الصالحات جناح فیما طعموا» (مائده، ۹۳) به‌رغم این ادعا، حد شرب خمر درباره‌ی آنان اجرا گردید.

قوانین عرفی در اثر جهل به قانون، نسبت به مسئولیت کیفری با حقوق اسلامی کاملاً یکسان است. قاعده‌ی کلی این است که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست. عبارت جهل به قانون هم شامل عدم اطلاع نسبت به آن می‌گردد و هم خطا در تفسیر و برداشت غلط از قانون را در بر می‌گیرد، بااین‌همه اگر شخص در موقعیتی قرار داشته باشد که اطلاع به انتشار قانون را محال سازد، حق دارد که به جهل و عدم اطلاع خود از قانون استناد کند. مثالی که برای این وضعیت می‌زنند حالت محاصره‌ی یک قلعه است که وقتی محاصره‌شدگان بیرون می‌آیند و برخلاف قوانینی که، در دوران محاصره‌ی قلعه در بیرون تصویب شده‌اند عمل می‌کنند، عذر جهل به قانون از آنها پذیرفته است.

۲۹۹. اثر خطا در مسئولیت کیفری: اشتباه آن است که عملی برخلاف اراده‌ی فاعل به وجود آید. در جرایم خطایی، مرتکب، فعل ارتکابی را با قصد و اراده انجام نمی‌دهد بلکه بر خلاف قصد و اراده‌ی وی پدید می‌آید. گاهی متهم، عمل معینی را قصد می‌کند که فی‌نفسه جرم نیست و در اثر همین عمل، نتیجه‌ای به دست می‌آید که جرم است، بدون آن که متهم آن نتیجه را قصد کرده باشد. این جرم را که از عمل مباح به وجود آمده جرم غیرعمدی می‌نامند؛ هرچند مقصود متهم انجام‌دادن عمل مباح بوده و لاغیر، مثلاً روزه‌دار به دهان خود آب می‌گیرد تا مزمزه کند و به حلق وی فرو می‌رود؛ یا به طرف پرنده تیر می‌اندازد به انسان اصابت می‌کند. قصد روزه‌دار آن بوده که مزمزه کند و خوردن آب را قصد نکرده بود پس قصد وی انجام‌دادن عمل مباح بود، لیکن از این عمل مباح، عمل دیگری زاده شد که مباح نیست و برخلاف اراده و قصد او رخ داده است. شکارچی هم قصد داشت پرنده را

شکار کند و مقصودش زدن مجنی‌علیه نبود، پس او هم عمل مباحی را قصد کرده بود لیکن عمل غیرمباحی از آن پدید آمد که برخلاف اراده و قصد فاعل بوده است.

خطاکار همانند کسی که در انجام‌دادن عمل ممنوع شده از طرف شارع عامد است، مسئولیت کیفری دارد، لیکن سبب مسئولیت آن دو با یکدیگر مختلف است. سبب مسئولیت عامد زیرپا گذاشتن دستور و امر شارع و تعمد وی در انجام‌دادن حرام و یا ترک واجب است ولی سبب مسئولیت خطاکار، سرپیچی از فرمان شارع است؛ منتهی نه از روی قصد و عمد بلکه به علت تقصیر و بی‌احتیاطی و بی‌دقتی.[1]

۳۰۰. مسئولیت کیفری ناشی از خطا یک استثنا است: اصل این است که مسئولیت کیفری از زیر پا گذاشتن عمدی امر شارع ناشی می‌گردد و خطا و اشتباه مسئولیت کیفری در پی ندارد زیرا خداوند می‌فرماید: «در آنچه از روی خطا انجام می‌دهید و در آنها عامد نیستید بر شما گناهی نیست» (احزاب، ۵) و پیامبر (ص) هم می‌فرماید: «رفع عن امتی‌الخطاء و النسیان و ما استکرهوا علیه». بااین‌حال اسلام مجازات خطا را به عنوان یک استثنا بر اصل اجازه داده است.[2] از این مورد است آیه‌ی ۹۲ نساء که خداوند می‌فرماید: «و ماکان لمؤمن ان یقتل مؤمنا الاخطاء، و من قتل مؤمنا خطاء فتحریر رقبه مؤمنه و دیه مسلمه الی اهله...».

چون قاعده بر این است که جرم عمد مجازات داشته باشد و مجازات جرم خطایی یک استثنا است بنابراین اگر کسی دست به ارتکاب عمدی جرمی زد به کیفر آن محکوم می‌شود و اگر به خطا انجام داد، مجازات نخواهد شد، مگر آن که شارع برای ارتکاب به خطای آن نیز مجازات تعیین کرده باشد، در چنین صورتی، جرم منظور در آنِ واحد هم از جرایم عمدی به شمار می‌آید و هم از عداد جرایم خطایی. اگر کسی عمداً زنا کند به کیفر زنا محکوم می‌شود ولی اگر با زن نامحرمی نزدیکی کند که خود را در چهره‌ی همسر وی درآورده است مجازات ندارد، زیرا وی خطا کرده لکن جرم زنا در صورت عمدی بودن کیفر دارد. اگر کسی سرقت کند به کیفر آن محکوم می‌شود، لیکن اگر مال متعلق به غیر را به اشتباه هم‌راه با مال خود بردارد، مجازات ندارد زیرا خطا کرده و در انجام‌دادن فعل حرام عامد نبوده است و جرم سرقت در صورت عمدی بودن، مجازات دارد. اگر کسی شرب خمر کند، کیفر می‌بیند، لیکن چنانچه به تصور آب آن را بنوشد، مجازات نمی‌شود، زیرا

---

۱. *اصول‌الفقه* خضری، ص ۱۳۱.

۲. ابن حزم، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، ج ۵، ص ۱۴۹ به بعد و ص ۱۵۴ به بعد.

عمداً ننوشیده است و نوشیدن عمدی خمر مجازات دارد. همین طور هر جرم عمدی را که متهم عامدانه انجام دهد، کیفر می‌بینند و اگر به خطا مرتکب شود، مجازات ندارد. علت نداشتن مجازات آن است که خطا و اشتباه یک رکن از ارکان جرم عمدی را از میان می‌برد و در نتیجه جرم منظور به وجود نمی‌آید، با این‌حال، نفی مسئولیت کیفری به معنای رفع مسئولیت مدنی از فاعل جرم نیست؛ زیرا قاعده بر این است که جان‌ها و اموال مردم، معصوم و در پناه قانون است و معاذیر شرعی، مسئولیت مدنی فاعل و عصمت موضوع جرم را از میان نمی‌برد، کسی که با زنی به گمان این که همسر خویش است نزدیکی می‌کند، تعقیب کیفری نمی‌شود ولی باید مهر وی را بدهد زیرا در دار اسلام مقاربت از دو حال خارج نیست؛ یا حد دارد و یا مهر. کسی که مال متعلق به غیر را به گمان این که مال خود اوست مخفیانه بر می‌دارد و سپس در آن تصرف می‌کند، چون سوءنیت ندارد (فقد عنصر معنوی)، سارق نیست ولی در مقابل صاحب مال، ضامن است.

اما اگر جرم از جرایمی باشد که ممکن است به عمد یا به خطا رخ بدهند، مانند قتل و ایراد جرح، آن که در ارتکاب آن عامد است به کیفر عمد و آن که خطاکار است به مجازات خطا محکوم می‌شود. قبلاً بیان شد که شارع در مجازات عامد با خطاکار قایل به تفکیک است؛ مجازات اولی شدید و دومی خفیف در نظر گرفته می‌شود.[1]

ملاحظه می‌شود که مصلحت عمومی ایجاب می‌کند تا جرایم خطایی مجازات داشته باشند برخی از این جرایم، خطرناک‌تراند و بیشتر رخ می‌دهند، مانند قتل و جرح خطایی و چون خطا بر تقصیر و بی‌احتیاطی استوار است، شارع، جرایم خطایی کثیرالوقوع را قابل مجازات دانسته است، که خطرناکی آنها بر کسی پوشیده نیست و مصلحت عمومی، مجازات آنها را ضروری ساخته است، زیرا افراد جامعه به رعایت احتیاط و دقت عمل وادار می‌شوند و از این طریق، جرایم مزبور کمتر رخ می‌دهند.

حقوق اسلامی جرایم معینی را به تصریح بیان و غالب آنها را عمدی فرض کرده است و کمترین آنها خطایی هستند و چون اصل این است که فقط جرایم عمدی مجازات شوند، و قابل مجازات بودن جرایم، خطای یک استثنا است، بنابراین، ولی امر و حکومت حق ندارد کسی را که به خطا مرتکب یکی از جرایم عمد گردیده است مجازات کند مگر آن که نفع عموم در آن باشد. این سخن درباره‌ی جرایمی که شارع تعیین کرده، درست است اما جرایمی که حکومت رأساً تعیین می‌کند با رعایت قاعده‌ی اصلی شرعی که مجازات عمد را

---

۱. به شماره‌ی ۲۸۵ مراجعه شود.

اصل و کیفر خطا را استثنا می‌داند، ممکن است آنها را عمد و خطای آنها را توأماً قابل مجازات بشناسد. البته باید مصلحت عمومی، مجازات خطا را ایجاب کند.[۱]

۳۰۱. انواع خطا: در شریعت با دو نوع خطا مواجه هستیم: خطای متولد و خطای غیرمتولد.

خطای متولد: خطای متولد خطایی است که از فعل مباح ناشی می‌گردد؛ یا از عملی پدید می‌آید که به گمان فاعل مباح است. خطای متولد یا مستقیماً و بلاواسطه به وجود می‌آید، مثل کسی که به سوی پرنده تیراندازی ولی به انسان اصابت می‌کند و مانند کسی که به سوی هدف ــ به گمان این که از افراد دشمن است چون در صف آنهاست و یا لباس آنها را در بر دارد ــ تیراندازی کند و بعداً معلوم شود که از افراد خودی بوده است و یا این که در اثر تسبیب به وجود آید، مانند کسی که با اجازه‌ی حاکم در معبر عمومی حفر چاه می‌کند احتیاطات لازم را برای جلوگیری از سقوط ره‌گذران پیش‌بینی نمی‌کند.

خطای غیرمتولد: هر خطایی که غیر از خطای متولد است، خطای غیرمتولد نام دارد که یا بدون واسطه و مباشرتاً به‌دست خطاکار رخ می‌دهد، مانند کسی‌که در حال خواب بر طفلی بغلتد و او را بکشد و یا با تسبیب به وجود می‌آید؛ یعنی خطاکار در تحقق آن مباشرت نکرده بلکه سبب وقوع آن شده است، مانند کسی که بدون اجازه‌ی حاکم در معبر عمومی چاه حفر می‌کند و یکی از عابران در آن می‌افتد؛ یا در خیابان بدون اخذ مجوز سنگ می‌ریزد و شخصی در اثر برخورد با آن صدمه می‌بیند.

برخی از فقها از خطای متولد مباشرتی، با لفظ خطا و عاری از هر قیدی تعبیر می‌کنند، برخی نیز آن را خطای محض می‌نامند. اما از "خطای مباشرتی غیرمتولد" و از "خطای متولد" و "غیرمتولد به تسبیب"، در "حکم خطا" یا "ماجری مجری‌الخطا" تعبیر می‌کنند[۲] بعضی از فقها خطا را گوناگون و متنوع ندانسته و میان صور متفاوت آن قایل به فرق نشده و کلاً به "خطا" تعبیر کرده‌اند.

۳۰۲. اساس خطا: از دیدگاه شریعت اسلامی، پایه‌ی خطا در بی‌دقتی و بی‌احتیاطی است،

---

۱. معتزله مجازات جرم خطایی را جز مواردی که حکم شرعی دارد اجازه نمی‌دهند زیرا معتقدند مجازات در اثر ارتکاب جنایت است و جرم با قصد به وجود می‌آید و در خطا، قصد نیست پس جرم به وجود نیامده است و مجازات هم به وجود نمی‌آید، لیکن جمهور فقها می‌گویند خطا در اثر بی‌دقتی و بی‌احتیاطی که رعایت آنها واجب است به وجود می‌آید، پس کسی که سبب یک امر خطایی شده و یا در آن مشارکت کرده است مرتکب جرم شده و مجازاتش جایز است. مراجعه کنید به: *فواتح‌الرحموت* عبدالعلی انصاری، ج ۱، ص ۱۶۶.

۲. به شماره‌ی ۲۸۵ مراجعه کنید.

با این‌حال برای تحقق مسئولیت خطاکار لازم نمی‌داند که در هر حال از وی تقصیری سرزده باشد. فقط در خطای متولد، وقوع تقصیر را شرط می‌کند و در غیر آن، تقصیر جانی مفروض است و از مسئولیت معاف نخواهد شد مگر آن که ثابت کند تقصیر نداشته است.

فقها درباره‌ی خطا دو قاعده ارائه داده‌اند که اگر آنها را مد نظر قرار دهیم می‌توانیم بگوییم که فلان شخص خطا کرده است یا خیر.[۱]

قاعده‌ی نخست: چنانچه، فاعل عمل مباحی را انجام دهد، یا عملی را انجام دهد که به گمان وی مباح بوده است و از این کار نتیجه‌ای حاصل آید که مباح نباشد، چنانچه ثابت شود که می‌توانست از وقوع آن خودداری کند، مسئولیت کیفری دارد؛ اعم از آن که بالمباشره انجام دهد یا نقش سبب را ایفا کند و اگر جلوگیری از تحقق نتیجه‌ی غیرمجاز در اختیار وی نبوده باشد، مسئولیت ندارد.

قاعده‌ی دوم: اگر عمل مباح نیست و جانی آن را مباشرتاً یا به عنوان سبب انجام می‌دهد، بدون آن که ضرورت غیرقابل علاج، آن را اقتضا کند، متجاوز محسوب می‌شود و در مقابل آنچه از عمل ارتکابی ناشی می‌گردد، خواه از پی‌آمدهایی باشد که می‌توانست از وقوع آن جلوگیری کند و خواه نمی‌توانست مانع تحقق آنها گردد، مسئولیت کیفری دارد.

۳۰۳. خطایی که مالک بدان معتقد است: منظور مالک از خطا اعمالی است که متهم با قصد تأدیب و یا شوخی انجام می‌دهد و به فوت مجنی‌علیه یا جرح وی منتهی می‌گردد. چون مالک به شبه عمد معترف نیست این نظر را ابداع کرده است. وی معتقد است قتل از دو نوع بیشتر نیست: عمد و خطا. در صورتی عمد است که جانی به قصد عدوان و دشمنی دست به عمل می‌زند و جز آن خطاست. کسی که به قصد شوخی یا تأدیب دست به اقدامی می‌زند، قصد عدوان ندارد، عملش خطاست و عمد به شمار نمی‌آید.

۳۰۴. اشتباه در شخص و اشتباه در شخصیت: منظور از اشتباه در شخص آن است که متهم قصد کند شخص معینی را بکشد و به فرد دیگری اصابت کند و از اشتباه در شخصیت مقصود آن است که متهم قصد کند شخصی را به این اعتبار که زید است به قتل برساند بعداً معلوم می‌شود که مجنی‌علیه عمرو بوده است. اشتباه در شخص و اشتباه در شخصیت دو نوع از خطای متولد است. خطای در شخص اشتباه در فعل به شمار می‌آید، مثلاً کسی که به طرف شخص معینی تیراندازی می‌کند و در اثر خطا به دیگری می‌خورد، در فعل خود خطا

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۷۱ و ۲۷۲.

کرده و این خطا از فعل مقصود او ناشی شده است. اما خطای در شخصیت، اشتباه در قصد و گمان است. کسی که به طرف شخصی به گمان این که زید است تیر می‌اندازد بعداً معلوم می‌شود که عمرو را زده در قصد خود اشتباه کرده است و این اشتباه از آنچه گمان می‌کرد به درستی قصد کرده، ناشی شده است.

فقها در حکم این دو اشتباه اختلاف دارند، به عقیده‌ی برخی، متهم در هر دو صورت به عنوان قاتل عمد مجازات می‌شود و به نظر برخی با عنوان قاتل خطایی کیفر می‌بینند.

بیشتر فقهای مذهب مالک و برخی از فقهای مذهب حنبلی، قاتل را قاتل عمد به شمار می‌آورند، اینان در این که اصل فعل حرام بوده یا مجاز، تفاوت می‌گذارند. چنانچه اصل عمل ارتکابی مجاز نباشد، اشتباه در فعل و اشتباه در قصد، در مسئولیت کیفری متهم هیچ تأثیری ندارد، چون در اصل، کاری را انجام داده است که حرام بوده بنابراین، متجاوز است. کسی که می‌خواهد زید را بکشد و در اثر اشتباه عمرو را می‌کشد، قاتل عمد عمرو است و کسی که عمرو را می‌کشد به گمان این که زید است، قاتل عمد او به حساب می‌آید. چنانچه اصل عمل ارتکابی غیرممنوع نباشد، اشتباه در فعل یا خطا در مسئولیت متهم مؤثر است زیرا در اصل، مقصود وی انجام‌دادن امر مباح بوده است و چون در فعل یا قصد خود اشتباه کرده است، خطاکار به شمار می‌آید کسی که به سوی شکار یا هدف تیراندازی می‌کند و در اثر خطا، انسانی را به قتل می‌رساند، قاتل خطایی به شمار می‌آید، و کسی که به سوی کافر حربی و یا شخص مهدورالدم تیراندازی می‌کند و در اثر خطا شخص معصومی به قتل می‌رسد، باز هم قاتل خطایی است. کسی که عمرو را می‌کشد به گمان این که زید مهدورالدم است، قاتل خطایی محسوب می‌شود.[1]

فقهای مذاهب ابوحنیفه و شافعی و برخی از حنابله، در حالت اشتباه متهم را قاتل خطایی می‌داند به عقیده‌ی آنان کسی که قصد دارد دیگری را بکشد یا مصدوم نماید و در فعلش اشتباه می‌کند و شخص دیگری را مقتول یا مصدوم می‌سازد؛ یا در قصد و گمان خود اشتباه می‌کند و معلوم می‌شود که فرد دیگری را مقتول یا مجروح ساخته است، فقط مسئول خطایی قتل و جرح است؛ خواه اصل فعل مباح و مجاز باشد و خواه ممنوع. زیرا متهم، کشتن و یا مجروح کردن کسی را که کشته و یا مجروح ساخته، قصد نکرده بود و اگر می‌دانست که اشتباه می‌کند دست به کار نمی‌شد.[2]

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰ و ۲۴۳؛ *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۵؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۹.

۲. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۴؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۳۷؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۶۸؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۹.

برخی از فقهای مذهب مالک میان حالت اشتباه در شخص و حالت اشتباه در شخصیت تفاوت می‌گذارند در حالت نخست، متهم را به عنوان قاتل به خطا می‌شناسند؛ خواه اصل فعل مجاز باشد یا ممنوع و در حالت دوم در صورتی که اصل فعل حرام و ممنوع باشد، متهم را قاتل عمد به شمار می‌آورند.

رأی فقهایی که عقیده دارند اگر اصل فعل حرام باشد متهم قاتل عمد به حساب می‌آید با رأی حقوق‌دانان مصری و بیشتر حقوق‌دانان فرانسوی سازگار است و رأی کسانی که در هر حال متهم را قاتل به خطا می‌شناسند با نظریه‌ی آلمانی موافق است. رأی آنان که میان حالت اشتباه در شخص و حالت اشتباه در شخصیت قایل به تفکیک هستند با نظر برخی از حقوق‌دانان فرانسوی برابر است.[1]

۳۰۵. اثر فراموشی در مسئولیت کیفری: به یاد نیاوردن امری به هنگام نیاز، فراموشی است. شریعت اسلامی فراموشی را در کنار اشتباه آورده است. خداوند می‌فرماید: «ربنا لاتواخذنا ان نسینا اواخطأنا» (بقره، ۲۸۶) و حضرت رسول (ص) هم می‌فرماید: «رفع عن امتی الخطاء و النسیان».

فقها در حکم "فراموشی" اختلاف دارند، به نظر برخی در عبادت‌ها و مجازات‌ها فراموشی یک عذر همگانی به شمار می‌آید و قاعده‌ی عمومی بر این است که اگر کسی عمل ممنوعی بنابر فراموشی انجام دهد، گناه و مجازات ندارد، لیکن فراموش‌کار در صورتی هم که از مسئولیت کیفری معاف گردد از مسئولیت مدنی معاف نیست زیرا اموال و خون مردم در پناه قانون و معصومند و معاذیر شرعی عصمت، موضوع جرم را از میان نمی‌برد.[2] به موجب این رأی، چنانچه فراموش‌کار عمل ممنوعی انجام دهد، مادامی‌که در حین ارتکاب فعل، حرمت آن را فراموش کرده باشد کیفر نمی‌بیند، لیکن فراموش‌کردن باعث سقوط واجبات نمی‌گردد، هر وقت به یاد آورد و یا به یادش آوردند باید انجام دهد والا کیفر مقرر در انتظار او خواهد بود.

به عقیده‌ی برخی، فراموش کردن، نسبت به مجازات اخروی معاف‌کننده است زیرا کیفر جهان آخرت وجود قصد در نزد بزه‌کار را اقتضا می‌کند و فراموش‌کار قصد ندارد. اما نسبت به احکام دنیا، جز در حقوق‌الله، فراموش‌کاری از معاذیر معاف‌کننده از مجازات به شمار

---

۱. شرح *قانون‌العقوبات*، کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۳۵۶ به بعد؛ *القانون‌الجنائی* علی بدوی، ص ۳۵۶.

۲. *اعلام‌الموقعین*، ج ۲، ص ۱۴۰؛ *المستصفی* غزالی، ج ۱، ص ۸۴؛ *الاحکام فی اصول‌الاحکام* آمدی، ج ۱، ص ۲۱۷؛ *الاحکام فی اصول‌الاحکام* ابن حزم، ج ۵، ص ۱۴۹ به بعد.

نمی‌آید. در حقوق‌الله هم زمانی معاف‌کننده است که فاعل برای ارتکاب فعل، انگیزه‌ی طبیعی داشته باشد و موردی که وی را به یادآورد، در میان نباشد. مثالی که برای این مورد آورده می‌شود، خوردن روزه به حالت فراموشی است، زیرا طبع انسان او را به خوردن فرا می‌خواند و عاملی هم در میان نیست که روزه‌داری را به یاد آورد. اما در حقوق‌الناس در هر حال، فراموش کردن از معاذیر قلمداد نمی‌شود.[1]

می‌توان گفت در جرایم حق‌اللهی از قبیل زنا و شرب خمر که فراموش‌کردن آنها عذر معاف‌کننده از مجازات است، پدیده‌ی فراموشی کمتر رخ دهد، زیرا اساساً فراموش‌کردن فعل حرام، ذاتاً کم است. به علاوه، جرمی که فراموش می‌شود باید به نوعی باشد که انگیزه‌های طبیعی، فراموش‌کار را به سوی آن سوق دهد، و عاملی که باعث گردد تا فراموش‌کار به یاد آورد که عمل ارتکابی حرام است در میان نباشد، به عنوان مثال برای تازه مسلمانی عطش غلبه کند و به حالت فراموشی برای رفع عطش شراب بنوشد و یا کسی که زنش را به طلاق بائن مطلقه ساخته است، دچار فراموشی شود و در عده با وی مقاربت کند.

هر کدام از دو رأی مذکور، مورد پذیرش قرار بگیرد باید یادآوری کرد که ادعای فراموشی به تنهایی متهم را از مجازات معاف نمی‌کند. قبل از هر چیز متهم باید ثابت کند که در حال فراموشی دست به ارتکاب جرم زده است و این امر به راستی مشکل است و لذا مبحث نسیان در جرایم، کم‌اهمیت جلوه می‌کند زیرا به ندرت یک شخص می‌تواند با ارائه‌ی دلیل قانع‌کننده‌ای ثابت کند که در حالت فراموشی دست به ارتکاب جرم زده است.

به عقیده‌ی طرف‌داران رأی دوم هم، فراموشی، واجبات را ساقط نمی‌کند، و امر واجب کماکان بر کسی که آن را فراموش کرده واجب است و باید آن را به جای آورد. هم‌چنین هرجا که مجازات جرم حد باشد، فراموشی شبهه محسوب می‌شود و حد را ساقط می‌کند و چنانچه مجازات حد ساقط گردد، مجازات تعزیر جانشین حد می‌شود. بنابر این به موجب رأی اخیر، تأثیر فراموشی نسبت به جرایم، در برخی از حالت‌ها فراموش‌کار را از مجازات معاف و در حالت‌های دیگر باعث سقوط حد می‌گردد.

مبحث ششم: تأثیر رضایت مجنی‌علیه در مسئولیت کیفری

۳۰۶. اثر رضایت بر مسئولیت کیفری: در حقوق اسلامی اصل این است که رضایت

---

۱. *اصول‌الفقه* خضری، ص ۱۱۹؛ مجله‌ی *القانون و الاقتصاد*، سال اول، ص ۳۷۴؛ *الاشباه والنظایر*، ص ۱۶۶ و ۱۶۷.

مجنی‌علیه به ارتکاب جرم و اجازه‌ی وی، آن را مباح نمی‌سازد و در مسئولیت کیفری تأثیر نمی‌گذارد، مگر آن که رضایت، یکی از ارکان سازنده‌ی جرم، مانند سرقت و غصب را از میان ببرد. زیرا عنصر مادی دو جرم اخیر، ربایش مال غیر به‌رغم رضایت اوست و در صورتی که صاحب مال راضی باشد، عمل ارتکابی جرم به حساب نمی‌آید.

حقوق اسلامی این قاعده‌ی کلی را جز در جرایم قتل و جرایم مادون نفس به دقت تمام رعایت می‌کند زیرا رضایت مجنی‌علیه، ارکان بزه قتل و ضرب و جرح را متزلزل نمی‌کند. با این‌حال، منطق ایجاب می‌کند که قاعده‌ی موصوف در این جرایم نیز رعایت شود ولی چیزی که مانع رعایت آن است، قاعده‌ی دیگری است که ویژه‌ی این جرایم است؛ یعنی مجنی‌علیه و اولیای وی حق دارند در قتل و ضرب و جرح، مجازات اصلی را مورد عفو قرار دهند و با اخذ دیه از قصاص بگذرند؛ یا از قصاص و دیه توأماً بگذرند. در این صورت فقط تعزیر جانی باقی می‌ماند که آن هم اگر حکومت مصلحت بداند به مرحله‌ی اجرا در می‌آید.

این دو قاعده باعث اختلاف فقها در میزان رعایت هر یک از آن دو گردیده است، هم‌چنان که نظر آنها در مورد قتل، و در خصوص ضرب و جرح متفاوت است و لذا ابتدا از رضایت مجنی‌علیه نسبت به قتل خود سخن گفته خواهد شد و بعداً رضایت وی در مورد قطع و جرح مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳۰۷. رضایت مجنی‌علیه بر قتل: ابوحنیفه و اصحاب وی عقیده دارند که اجازه‌ی قتل، آن را مجاز نمی‌سازد، زیرا عصمت جان انسان جز با چیزی که شریعت بیان کرده از میان می‌رود و اجازه و اذن مجنی‌علیه از این امور نیست. بنابر این، اذن وی کالعدم خواهد بود و عمل ارتکابی کماکان ممنوع می‌ماند و قتل عمد به حساب می‌آید. با این حال، اینان در مجازاتی که قاتل انتظارش را می‌کشد اختلاف دارند، به نظر ابوحنیفه و ابویوسف و محمد، مجازات قصاص از جانی ساقط است و او باید خون‌بها بپردازد زیرا اذن در قتل، شبهه محسوب است و پیامبر (ص) می‌فرماید: «اِدرأوا واالحدود بالشبهات» و قصاص حد است و هر شبهه‌ای در عمل سازنده‌ی جرمی که مجازاتش قصاص است به وجود آید، مجازات حد را از متهم ساقط می‌کند، زفر می‌گوید اذن مجنی‌علیه شبهه به شمار نمی‌آید و از این رو قصاص را ساقط نمی‌کند و باید اعمال گردد.[1]

رأی برتر مذهب مالک بر آن است که اذن در قتل، آن را مجاز نمی‌سازد و هرچند مجنی‌علیه پیشاپیش جانی را از خون خود برئی‌الذمه نماید، مجازات ساقط نمی‌گردد زیرا

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۶.

مجنی‌علیه، جانی را از حقی بری ساخته است که استحقاق آن را ندارد و لذا جانی قاتل عمد به شمار می‌آید. برخی از صاحبان این رأی چون اذن را شبهه محسوب نمی‌دارند، مجازات قاتل را قصاص و برخی دیگر که آن را شبهه قلمداد می‌کنند قصاص را ساقط و دیه را بدل از قصاص واجب می‌شمارند.

رأی مرجوح مذهب مالک، که ابن عرفه آن را به سحنون نسبت می‌دهد، هرچند اذن به قتل را در مجاز بودن آن بی‌تأثیر می‌داند با وجود اذن، مجازات قصاص و دیه را ساقط می‌شمارد، در عین حال که جانی را از تعزیر معاف نمی‌کند. لیکن رأی معروف سحنون که در عتبیه[1] نقل شده است حاکی از آن است که وی به دلیل شبهه، قصاص را ساقط و پرداخت خون‌بها را واجب می‌داند.[2]

دراین‌باره در مذهب شافعی دو رأی ارائه شده است: رأی اوّل بر آن است که اذن در قتل، موجب ساقط شدن مجازات‌های قصاص و دیه می‌شود ولی نفس عمل را مشروع نمی‌سازد. و بنابر رأی دوم، اجازه‌ی قتل آن را مجاز ساخته به ساقط شدن مجازات نمی‌انجامد. برخی از پیروان این رأی، اذن را شبهه محسوب کرده، قصاص را ساقط و پرداخت خون‌بها را واجب دانسته‌اند و برخی دیگر اذن را شبهه به شمار نیاورده‌اند و قصاص را واجب می‌دانند.[3]

احمد و اصحاب او عقیده دارند که اذن در قتل، مجازات را از میان می‌برد زیرا مجنی‌علیه حق دارد مجازات را مورد عفو قرار دهد و اجازه‌ی قبلی بر قتل با عفو از مجازات یکسان است.[4] این توجیه همان است که طرف‌داران رأی اوّل مذهب شافعی بیان کرده‌اند.

۳۰۸. رضایت بر جرح و قطع عضو: به عقیده‌ی ابوحنیفه و پیروانش، رضایت مجنی‌علیه بر قطع یا جرح اعضایش مانع از مجازات بزه‌کار است. زیرا اعضای بدن در حکم اموال انسان است و معصوم بودن مال برای صاحب مال ایجاد حق می‌کند بنابر این، مجازات قطع و جرح اعضای بدن در اثر اباحه و اذن مجنی‌علیه ساقط می‌گردد، با این همه، اینان در فرضی که ایراد جرح به مرگ مجنی‌علیه منتهی گردد اختلاف دارند. به نظر ابوحنیفه، عمل ارتکابی قتل عمد است، زیرا اذن مجنی‌علیه درباره‌ی قطع یا جرح عضو بود، حال آن که منجر به مرگ وی می‌گردد و معلوم می‌شود که متهم دست به قتل زده است و لذا مجازات قتل عمد

---

۱. نام یک کتاب فقهی در مذهب مالک است.

۲. *مواهب‌الجلیل* خطاب، ج ۶، ص ۲۳۵ و ۲۳۶؛ *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۳.

۳. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۴۲۸.

۴. *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۷۱.

به انتظار اوست، اما چون وجود اذن مجنی‌علیه شبهه محسوب می‌گردد مجازات قصاص ساقط و به جای آن، کیفر دیه استقرار می‌یابد. ابویوسف و محمد در حالت فوق عقیده دارند که جز کیفر تعزیر چیزی در انتظار فاعل قرار ندارد، زیرا عفوکردن قطع و جرح عضو به معنای عفو هر نتیجه‌ای است که از آنها ناشی گردد.[۱]

به موجب مذهب مالک، اجازه‌ی مجنی‌علیه اهمیت ندارد مگر آن که کماکان بعد از وقوع قطع و جرح نیز مجنی‌علیه، ذمّه‌ی جانی را بری سازد و اگر چنین نکند، مجازات جانی که عبارت است از قصاص یا پرداخت خون‌بها، واجب است و چنانچه پس از ارتکاب بزه نیز ذمّه‌ی جانی را بری سازد، مجازات‌های قصاص و دیه ساقط می‌گردد و کیفر تعزیر استقرار می‌یابد. چنانچه در اثر قطع و جرح مجنی‌علیه بمیرد، جانی به کیفر قتل عمد محکوم خواهد شد.[۲]

به موجب مذهب شافعی هم، اذن در قطع و جرح عضو، مجازات را ساقط می‌کند، مگر آن که جامعه از تعزیر جانی منتفع گردد. در صورتی که ایراد جرح منتهی به فوت شود. برخی از فقهای این مذهب، جانی را قاتل عمد محسوب کرده لیکن به دلیل وجود شبهه که از اذن ناشی می‌گردد، قصاص را ساقط و او را به پرداخت دیه قتل مکلف می‌دانند. برخی دیگر، وی را از مجازات معاف می‌دانند، زیرا مرگ مجنی‌علیه از عملی ناشی گردیده است که قاتل در ارتکاب آن مأذون بوده است.[۳] و اذن باعث سقوط مجازات می‌گردد.

به عقیده‌ی احمد، اذن بر قطع و جرح، مانند اذن در قتل، مسقط مجازات است زیرا مجنی‌علیه حق دارد که مجازات را ساقط کند و آن را با اعطای اذن انجام داده است؛ هرچند عمل جانی کماکان حرام است.[۴]

۳۰۹. مبنای اختلاف‌نظر فقها درباره‌ی تأثیر اذن مجنی‌علیه در خصوص قتل و جرح: پایه‌ی اختلاف در این نکته است که مجنی‌علیه و اولیای وی حق دارند، مجازات مجرم را مورد عفو قرار دهند. مجازات اصلی قصاص است که اگر به دلیل یک مانع شرعی اجرای آن مقدور نباشد، دیه جایگزین آن می‌گردد. مجنی‌علیه و اولیای او حق دارند از قصاص بگذرند و خون‌بها بستانند؛ یا قصاص و دیه را توأماً مورد عفو قرار دهند و اگر چنین کنند، مجازات پیش‌بینی شده‌ی قانونی ساقط می‌گردد و جز تعزیر جانی، که اگر حکومت‌ها در صورت وجود عفو، اجرای آن را مصلحت بدانند، چیزی در انتظار بزه‌کار باقی نمی‌ماند.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۶ و ۲۳۷.
۲. *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۳.
۳. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۴۸ و ۲۹۶؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۳۰ و ۳۱.
۴. *الاقناع*، ج ۴، ص ۳۷۱.

اختلاف فقها درباره‌ی قتل، از این مبنا ناشی می‌گردد: پس کسانی که می‌گویند اذن مجنی‌علیه مانع از مجازات است آن را عفو قبلی به شمار می‌آورند و مجازات را ساقط می‌دانند، و آنهایی که اذن را مانع از مجازات نمی‌دانند، آن را عفو محسوب نمی‌کنند. زیرا عفو از قتل، ایجاب می‌کند که مورد عفو قبلاً موجود باشد و در ما نحن فیه که قبل از پیدایش، مورد عفو قرار می‌گیرد، عفو ناصحیح است، چون در جایگاه و موضع خود، رخ نداده است. این سخن بدین معناست که حق عفو پس از وقوع جرم به وجود می‌آید و اگر پیش از تحقق جرم صورت پذیرد بی‌تأثیر و لغو است زیرا این حق به وجود نیامده است تا مورد عفو قرار گیرد. کسانی که به قصاص جانی عقیده دارند، اذن مجنی‌علیه را شبهه محسوب نمی‌کنند.

در حالتی که ایراد جرح به مرگ مجنی‌علیه منتهی نمی‌گردد، کسانی که به سقوط مجازات عقیده دارند، اجازه‌ی مجنی‌علیه را عفو قبلی تلقی می‌کنند و آن را معتبر می‌شمارند، زیرا تا اتمام قطع و جرح استمرار یافته است. کسانی که به سقوط مجازات عقیده ندارند، آن را باطل می‌شمارند زیرا در جایگاه خود اعلام نشده است و سقوط مجازات را به تبرئه‌ی ذمّه‌ی جانی پس از ارتکاب قطع و جرح موکول و مشروط می‌کنند.

در جرح منتهی به فوت، کسانی که مجازات را ساقط می‌دانند، معتقدند که فوت از عمل مأذون ناشی گردیده است و آنچه از چنین عملی پدید آید خود نیز مأذون است. کسی که مجازات جانی را شایسته می‌شناسد معتقد است که عفو مجنی‌علیه از جرح بوده و نه قتل و قتل مأذون نیست با این‌حال، اینان اذن را شبهه محسوب می‌کنند و قصاص را ساقط می‌شمارند.

۳۱۰. بررسی تطبیقی: قاعده‌ی کلی در قوانین این است که رضایت مجنی‌علیه، عمل مجرمانه را مجاز نمی‌سازد و مجازات را از بین نمی‌برد مگر آن که رضایت وی یکی از عناصر سازنده‌ی جرم را از میان بردارد. تا اینجا میان قوانین وضعی با حقوق اسلامی سازگاری دیده می‌شود ولی این قوانین در پاره‌ای از جرایم، رضایت مجنی‌علیه را رکن محسوب می‌کنند که در ماهیت عمل مجرمانه هیچ تغییری به وجود نمی‌آورد، مانند بزه زنا، زیرا راضی بودن به آن از طبیعت جرم چیزی نمی‌کاهد و عمل ارتکابی را از دایره‌ی نفی اخلاق و عفت خارج نمی‌سازد و از عداد اعمال اخلاقی و مقبول جامعه قلمداد نمی‌کند؛ لواط و هتک ناموس نیز از این موارد است. این مسئله با اصول حقوقی اسلام سازگار نیست، هم‌چنان که با قاعده‌ی کلی قوانین نیز هم‌آهنگی ندارد، زیرا به موجب آن قاعده، رضایت در صورتی مؤثر است که یکی از ارکان جرم را از میان بردارد، مانند سرقت که رضایت صاحب مال، وصف مجرمانه

را از عمل ارتکابی می‌ستاند. اما رضایت در زنا هیچ تأثیری ندارد و با وجود رضایت و عدم آن، عمل ارتکابی، عرفاً، اخلاقاً و عادتاً و از نظر جامعه بدون تردید جرم به شمار می‌آید.

ملاحظه شد که رضایت مجنی‌علیه بر جرح و قطع و قتل از دیدگاه شریعت در جرم بی‌تأثیر است، و فقط در سقوط کیفر تأثیر می‌گذارد آن هم نه به این اعتبار که مجنی‌علیه یا اولیای وی به ارتکاب جرم رضایت داده‌اند، بلکه مجازات به این اعتبار ساقط می‌گردد که آنها حق دارند مورد عفو قرار دهند.

زمانی که حقوق اسلامی، در جرایم مذکور، برای مجنی‌علیه و اولیای وی حق عفو قایل است مبنای شگفت‌آور و نامأنوسی را طرح نمی‌کند. زیرا در قوانین عرفی هم اصل حق عفو مورد شناسایی قرار گرفته و آن را در جرایم ناموسی رعایت کرده‌اند، مثلاً قانون جزای مصر به زوج حق می‌دهد که مجازات همسر زناکار خود را مورد عفو قرار دهد و اگر چنین کند، مجازات ساقط می‌شود؛ هرچند حکم لازم صادر گردیده به مرحله‌ی اجرا درآمده باشد. در این موضوع، میان شریعت و قوانین یک تفاوت وجود دارد. وقتی اسلام برای مجنی‌علیه یا اولیای وی حق عفو قایل است، در صورت تحقق آن، تنها مجازات اصلی را که عبارت‌اند از قصاص و دیه ساقط می‌داند و حق جامعه علی‌الاصول محفوظ است و چنانچه جامعه مایل باشد می‌تواند جانی را به مجازاتی که کمتر از مجازات اصلی است کیفر دهد در جرایم قتل و جرح، وجود عفو، منجر به جایگزینی قصاص به دیه و مآلاً مجازات خفیف به جای مجازات شدید می‌شود، و اگر خون‌بها هم مورد عفو قرار بگیرد به معنای اسقاط کلی مجازات نیست. و حال آن که مطابق قانون جزای مصر، عفو زوجه توسط زوج، مانع از اعمال هر نوع مجازات دیگر است، بدین معنی که حق عفوی که اسلام به مجنی‌علیه اعطا کرده به رعایت مصلحت جامعه مقید است و حال آن که حق عفو تفویضی قوانین به هیچ قیدی مقید نیست.

هرچند بنابر قوانین وضعی در جرایم قتل و جرح و ضرب برای مجنی‌علیه یا ولی وی حق عفو لحاظ نشده، در صورت رضایت و گذشت آنها، عملاً به نتیجه‌ای منتهی می‌گردد که نظریه‌ی اسلام به آن منتهی می‌شود. زیرا معمولاً مجازات این قبیل جرایم در قوانین عرفی، حداقل و حداکثر دارد و یا دو نوع است و قاضی حق دارد یکی از آنها را مورد حکم قرار دهد؛ هم‌چنان که اگر اوضاع و احوال اقتضا کند می‌تواند به جای مجازات اصلی، مجازات‌های خفیف‌تری را در نظر بگیرد بدون تردید رضایت مجنی‌علیه یا اولیای وی از مهم‌ترین عوامل رعایت تخفیف در مجازات بزه‌کار است؛ هم‌چنان که طبیعتاً وجود عفو، باعث سقوط مسئولیت مدنی نیز می‌گردد. با این وصف در محدوده‌ی قوانین وضعی هم، عفو مجنی‌علیه یا ولی دم به نتیجه‌ای منتهی می‌گردد که از دیدگاه اسلام، از عفو مجنی‌علیه ناشی می‌شود.

در برخی از قوانین مانند حقوق آلمان در جرم قتل و شروع به آن رضایت مجنی‌علیه در مجازات مؤثر دانسته شده و میان این حالت و قتل عمد بدون رضایت مجنی‌علیه تفاوت قایل شده‌اند. برای قسم اوّل نوع خاصی از مجازات را در نظر می‌گیرند که کمتر از مجازات قتل عمد، بدون رضایت مجنی‌علیه است. این اصول قانونی جز پذیرش و قبول نظریه‌ی اسلام چیزی بیش نیستند.

امتیاز نظریه‌ی شریعت اسلامی در این است که راه‌حل آسانی برای معضلی که امروزه دادگاه‌ها و علمای حقوق با آن مواجه هستند، پیش‌بینی می‌کند. این معضل وضعیت بیماری است که از بهبودش قطع امید شده و تنها راه نجاتش از تحمل درد، قتل است.

۳۱۱. خودکشی و مسئولیت کیفری: حقوق اسلامی خودکشی را مانند قتل، حرام می‌داند این تحریم هم در قرآن و هم در سنت آمده است خداوند می‌فرماید: «ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق» و انتحار، قتل نفس است. خداوند می‌فرماید: «هرکس خود را با شئ برنده‌ای بکشد، هم‌راه با آن برای همیشه در آتش جهنم می‌ماند و هرکس با سم خود را بکشد در آتش جهنم، که جاودان در آن می‌ماند، آن سم را خواهد چشید، و هر کس خود را از بالای کوه پرت کند در آتش جهنم پرتاب می‌شود و همیشه قرین آن خواهد بود». خودکشی ممکن است عمدی یا غیرعمدی باشد و هر دو حرام است.

چنانچه در اثر انتحار شخص بمیرد، مجازات ندارد، زیرا در اثر مرگ، کیفر ساقط می‌شود لیکن فقها در مورد کفّاره‌ی قتل اختلاف نظر دارند، به نظر مالک و ابوحنیفه و یکی از آراء مذهب احمد، قتل نفس کلاً کفّاره ندارد، به عقیده‌ی شافعی، پرداخت کفّاره از دارایی مقتول واجب است. برخی از فقهای مذهب احمد مانند شافعی، در قتل نفس، به وجوب کفّاره عقیده دارند و در صورت خودکشی، کفّاره را زمانی واجب می‌دانند که عمدی نباشد.[1] کفّاره یک مجازات تعبدی است که مقصودش رعایت مصلحت خود جانی است، کسانی که آن را در دارایی انتحارکننده واجب می‌دانند این نکته را در نظر می‌گیرند.

قابل مجازات و حرام بودن خودکشی به این معناست که شریک جرم مجازات شود؛ اعم از آن که مقتول را به خودکشی تشویق یا با وی در این راه هم‌آهنگی کند و یا در این کار او را کمک رساند.

---

۱. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۹۵؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۳۶۵ و ۳۶۶؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۸ و ۳۹؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۵۲؛ *شرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۵۴؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۶۸.

چنانچه انتحارکننده نمیرد به دلیل شروع به خودکشی مجازات می‌شود، شرکای وی نیز کیفر می‌بینند. و مجازات همه‌ی آنها تعزیر است.

شیوه‌ی اسلام در حرام دانستن خودکشی و قابل مجازات شناختن شرکای جرم و شروع به خودکشی با شیوه‌ی اکثر قوانین وضعی جدید موافق و یکسان است، مانند قوانین انگلستان و سودان و ایتالیا و غیره. اما به موجب قانون جزای مصر و فرانسه، انتحار و مشارکت در آن جرم نیست.

۳۱۲. خودزنی: در حقوق اسلامی، انسان از این که بر جسم خود هر گونه آزاری، اعم از عمدی یا خطایی برساند، نهی شده است. کسی حق ندارد خود را مجروح سازد یا عضوی از اعضای خود را قطع کند و در صورت ارتکاب چنین عملی به مجازات تعزیری محکوم می‌شود. مشارکت در خودزنی نیز مانند خودزنی حرام است. اسلام در این مسئله با اکثر قوانین وضعی موافق است. در برخی از قوانین مانند قانون کشور مصر، خودزنی بر اشخاص و در حالت‌های معینی جرم دانسته شده است.

۳۱۳. دوئل و مسئولیت کیفری: مبارزه بین دو نفر یا با توافق قبلی و سبق تصمیم صورت می‌پذیرد یا به صورت اتفاقی رخ می‌دهد. هر یک از طرفین بنا دارد دیگری را بکشد و گاهی مقصودشان این است که طرف مقابل را مجروح سازند تا از ادامه‌ی نبرد بازماند. لازم نیست که مبارزه با سلاح معینی صورت پذیرد، ممکن است با شمشیر یا خنجر و یا ممکن است با اسلحه‌ی گرم رخ دهد و ممکن است با عصا و حتی با دست نیز به وجود آید. آنچه در مبارزه‌ی تن به تن اهمیت دارد این است که هر یک از طرفین می‌خواهد طرف مقابل را مقتول یا مجروح سازد و یا بیازارد، اگر مقصود مبارزه صرفاً اظهار برتری و مهارت و نه آزار و اذیت باشد، نوعی از بازی‌های ورزشی است که شریعت هم آن را مجاز می‌داند. در ذیل در این باره بحث خواهد شد. مبارزه‌ای که مقصود از آن اذیت و آزار و یا قتل و جرح باشد، شرعاً حرام است، زیرا جز قتل و جرح و ایذا چیز دیگری نیست و شریعت قاطعانه این اعمال را ممنوع دانسته است، پس کسی‌که با دیگری مبارزه می‌کند تا او را به قتل برساند، قاتل عمد محسوب می‌شود و اگر مجروح کند و قصدش این باشد که طرف مقابل در اثر این جراحت بمیرد باز هم قاتل عمد است اما اگر مقصودش از ایراد جرح آن باشد که طرف مقابل را از ادامه‌ی مسابقه و مبارزه‌ی دونفری باز دارد، نسبت به جرح وارده، عامد به شمار می‌آید، و چنانچه مجروح در اثر جراحت بمیرد، فاعل، قاتل شبه عمد نامیده می‌شود.

اسلام مبارزه برای آزردن دشمن را جز در زمان جنگ اجازه نمی‌دهد در حین جنگ، مبارزه با محارب را مجاز و کشتن و مجروح‌ساختن و آزار وی را مباح می‌داند زیرا خون محارب هدر است. مبارزه با باغی را در حین جنگ هرچند مسلمان هم باشد جایز می‌شمارد، زیرا به هنگام جنگ، خون باغیان هم هدر است. پیامبر اکرم در جنگ احد به مبارزه دعوت شد، پذیرفتند. در جنگ بدر و خندق به یارانش اجازه داد که "هل من مبارز" بطلبند. فقها نیز آن را مجاز می‌شمارند؛ اعم از آن که جنگ‌جوی مسلمان در آغاز مبارز بخواهد و یا به ندای طرف دشمن جواب مثبت دهد. ابوحنیفه اجازه نمی‌دهد که مسلمان ابتدا "هل من مبارز" بخواند زیرا این عمل را نوعی گردن‌کشی و بغی می‌شمارد، لیکن بقیه‌ی فقها این عمل را نوعی اظهار قدرت و ترسانیدن دشمن به شمار می‌آورند و آن را مجاز می‌دانند.[1]

لازم است که در مبارزه‌ی حرام میان دو حالت تفاوت گذاشته شود. حالت نخست: هر یک از طرفین به طرف مقابل اجازه می‌دهد که در انجام‌دادن هر کاری مجاز باشد. قواعد ویژه‌ای که درباره‌ی رضایت مجنی‌علیه در مورد قتل و جرح خود، درگذشته بیان شد به این حالت ناظر خواهند بود. بنابر حالت دوم، طرفین چنین اجازه‌ای را نداشته باشند، در این حالت، احکام خاص قتل و جرح ناظر به مورد است و توافق قبلی مبارزان به انجام‌دادن آن، در مجازات قانونی هیچ تأثیری ندارد زیرا توافق به معنای رضایت بر قتل و جرح نیست.

بنابر این در دیدگاه شریعت اسلام، مبارزه تابع احکام کلی ناظر به حرمت قتل و جرح است زیرا به قتل و جرح منتهی می‌گردد. البته روایت‌هایی وجود دارد که ممکن است در حرمت مبارزه به آنها استناد شود از جمله روایت ابوبکر است که می‌گوید پیامبر اکرم (ص) فرمود: «چنانچه دو مسلمان با شمشیر یکدیگر را بزنند، قاتل و مقتول هر دو در آتش جهنم خواهند بود» راوی می‌افزاید پرسیدم یا رسول‌الله گناه مقتول چیست؟ فرمود: «او هم مایل بود طرف مقابل را به قتل رساند». از این قبیل است فرمایش دیگر آن حضرت که می‌فرماید: «فحاشی به مسلمان، نشانه‌ی فسق و قتل وی، علامت کفر است» در هر حال، برای احکامی که حرمت مبارزه در آنها ذکر شده نیاز نداریم، زیرا احکام عام ناظر به حرمت قتل و جرح در بیان حرمت مبارزه، کفایت می‌کنند.

چنانچه در اثر مبارزه یکی از طرفین مقتول یا مجروح گردد، قتل و جرح فقط به فاعل آن نسبت داده می‌شود و نه به هر دو طرف، توافق قبلی آن دو و این که قتل و جرح از درگیری

---

۱. *الاحکام السلطانیه*، ص ۳۱ به بعد؛ *مواهب الجلیل* خطاب، ج ۳، ص ۳۵۹؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۹۲؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۹۴ به بعد.

آنها ناشی گردیده مانند تصادف دو عابر یا وسیله‌ی نقلیه با یکدیگر، مشارکت در قتل و جرح به شمار نمی‌آید. زیرا در تصادف، قتل و جرح از عمل دو طرف و تحت تأثیر نیروی حاصل از تصادم به وجود می‌آید ولی در حالت زد و خورد از عمل‌کرد و نیروی یکی از طرفین پدید می‌آید و عمل‌کرد و قدرت طرف مقابل در پیدایش آنها تأثیر ندارد. چنانچه در صورت برخورد دو وسیله‌ی نقلیه، شخصی بمیرد یا مجروح شود، نیرویی که به قتل و جرح منتهی می‌گردد از نیروی دافعه‌ی دو اتومبیل و برخورد آن دو با یکدیگر ناشی شده است. اما در مبارزه، عمل هر یک، از قدرت و نیروی هر کدام از آنها به وجود می‌آید. پس چنانچه یکی از آنها دیگری را مجروح کرد یا به طرفش تیر انداخت، قدرت و توان طرف مقابل (مجروح) در مجروح شدن و اصابت گلوله دخیل نیست.[1]

حکم حقوق اسلامی در مورد مبارزه یا دوئل با حکم غالب قوانین وضعی جدید یکسان است، به موجب این قوانین، دوئل و زدوخورد ممنوع است و به اعتبار نتیجه‌ی حاصل که ممکن است قتل یا جرح و یا آزردن باشد، مجازات دارد؛ قانون جزای مصر و فرانسه از این جمله‌اند. پاره‌ای از قوانین، مبارزه را ممنوع می‌دانند و برای نتایج آن مجازات خاصی را به جای کیفر قتل و جرح در نظر می‌گیرند؛ قانون ایتالیا و قانون لهستان از این جمله‌اند.[2]

مبحث هفتم: اعمال وابسته به جرم و نقش آنها در مسئولیت کیفری

۳۱۴. اعمال وابسته به جرم: اعمال وابسته به جرم سه قسم است: یا مباشرت است یا سبب و یا شرط. برای این که مجرم از غیرمجرم تمیز داده شود، تفکیک این اعمال سه‌گانه از یکدیگر ضرورت دارد.

مباشرت: عملی که بدون واسطه جرم را به وجود آورد و علت بزه محسوب شود، مباشرت نام دارد، مانند بریدن سر مقتول با چاقو. مرگ مجنی‌علیه از عمل ذبح ناشی می‌گردد و در عین حال علت مرگ هم به شمار می‌آید و مانند خفه کردن که باعث پدید آمدن مرگ می‌شود و در عین حال که علت مرگ نیز هست و نیز مانند آتش زدن به شیئی محترق که باعث ایجاد حریق می‌گردد و در عین حال علت آن نیز به حساب می‌آید و مانند برداشتن

---

۱. به کتاب *قصاص* احمد محمدابراهیم، ص ۱۱۳ به بعد مراجعه شود، وی مبارز را در حکم تصادف‌کننده می‌داند، هم‌چنان که هر مشاجره یا درگیری را که مجنی‌علیه در مقام دفاع یا مقاومت انجام دهد، در حکم تصادف دو وسیله‌ی نقلیه می‌شمارد؛ این رأی منطقی نیست.

۲. شرح *قانون‌العقوبات* کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۴۶۱.

مخفیانه‌ی مال متعلق به دیگری از حرز آن که ربایش مال سرقت را به وجود می‌آورد و علت آن نامیده می‌شود و مانند خوردن خمر که بزه شرب خمر را به وجود می‌آورد و در عین حال علت آن نیز به شمار می‌آید.

سبب: سبب عملی است که با واسطه منجر به ایجاد جرم و علت آن شمرده می‌شود، مانند شهادت دروغ علیه شخص بی‌گناه، دایر به این که دست به قتل زده است. در این مورد، شهادت دروغ، علت صدور حکم اعدام است لیکن شهادت عامل ایجاد مرگ نیست، بلکه عمل مأمور مجری حکم آن را به وجود می‌آورد و مانند حفر چاه در مسیر مجنی‌علیه و پوشانیدن روی آن که در حین عبور از آنجا به درون چاه سقوط کند و بمیرد یا مجروح گردد. حفر چاه علت مرگ و جرح است، لیکن خود حفر، سبب مرگ مجنی‌علیه نمی‌شود بلکه در اثر سقوط مجنی‌علیه به وجود می‌آید.

در تفاوت بین سبب و مباشرت می‌توان چنین گفت که مباشرت بدون واسطه، جرم را به وجود می‌آورد و سبب آن است که مباشرت را به وجود می‌آورد؛ یا واسطه‌ی پیدا شدن مباشرتی می‌گردد که باعث زاده شدن جرم است.

سبب بر سه نوع است:

الف ـ سبب محسوس: سبب قابل درک و محسوسی که بدون هیچ‌گونه شک و تردید و اعم از آن که مادی باشد یا معنوی، مباشرت را به وجود می‌آورد، سبب حسی یا محسوس نامیده می‌شود، مانند اجبار کسی به قتل یا جرح. این اجبار، بدون شک انگیزه‌ی ارتکاب قتل و جرح را در شخص مجبور به وجود می‌آورد و مانند حفر چاه در مسیر مجنی‌علیه و پوشانیدن روی آن، به نحوی که در صورت عبور از آنجا به درون چاه سقوط کند و بمیرد یا مجروح گردد. بدون شک حفر چاه عاملی است که باعث پیدایش سقوط و مآلاً ایجاد مرگ و یا جراحت می‌گردد و مانند آتش‌زدن خانه‌ای که مجنی‌علیه در آن خوابیده است به نحوی که تا بیدار شود در محاصره‌ی آتش قرار بگیرد و بمیرد و مانند رها کردن حیوان درنده به طرف مجنی‌علیه به منظور کشتن وی و دستور دادن به طفل غیرممیز که شخصی را بکشد. اسباب مادی و معنوی مزبور به صورت محسوس و قابل درک و بدون هیچ‌گونه تردید و یا اختلاف به تحقق بزه منتهی می‌گردند.

ب ـ سبب شرعی: سبب شرعی آن است که به مباشرت، وجود شرعی می‌بخشد به عبارت دیگر: اساس و پایه‌ی این سبب، احکام شرعیه است، مثل گواهی دروغ بر قتل و یا سرقت. این گواهی در قاضی، سبب ایجاد انگیزه‌ی صدور حکم اعدام قاتل و یا قطع دست سارق می‌شود و اجرای حکم به مباشرت در قتل یا جرح منتهی می‌گردد. درصورتی‌که

قاضی عمداً و برخلاف واقع به قتل یا قطع دست کسی حکم دهد و اجرای همین حکم به مباشرت در قتل یا جرح منتهی شود، نیز با سبب شرعی مواجه خواهیم بود.

ج ـ سبب عرفی: سببی که عرفاً مباشرت را ایجاد کند و حسی و شرعی نباشد، سبب عرفی نام دارد، مانند این که کسی غذای مسموم را در دست‌رس میهمان قرار دهد و یا به یک ترفند معنوی مانند ترسانیدن و سحر و هیجان ناگهانی باعث قتل گردد. اسباب حسی که رابطه‌شان با بزه، بعید و مورد شک یا اختلافی باشد در ذیل این عنوان (سبب عرفی) قرار می‌گیرند، مانند ایجاد حریق در خانه‌ی کسی به قصد کشتن وی زیرا اگر مجنی‌علیه آتش بگیرد و بمیرد، ایجاد حریق سبب محسوس است، لیکن اگر از آتش نجات یابد و برای معالجه در بیمارستان بستری گردد و در اثر ریزش سقف اتاق بیمارستان در زیر آوار بمیرد، ایجاد حریق برای مرگ مجنی‌علیه سبب مشکوک یا اختلافی به شمار می‌آید و به سبب عرفی تبدیل می‌شود.

سبب عرفی گاه مادی است و گاه معنوی و از آن حیث عرفی نامیده می‌شود که معیار آن عرف است؛ یعنی آنچه عرف مردم و عقل آنان می‌پذیرد.[1]

شرط: شرط آن است که فی‌نفسه سبب ایجاد جرم و علت آن محسوب نمی‌شود بلکه وجود آن، موجب فعل دیگری و عامل ایجاد جرم می‌شود، مانند آن که انسان شخصی را در چاهی که شخص ثالث به مقصود دیگری حفر کرده است بیفکند و سبب مرگ او شود. در این مثال چیزی که سبب ایجاد مرگ و علت به شمار می‌آید، انداختن در چاه است و نه حفر آن، لیکن اگر چاه نبود بی‌گمان انداختن شخص این نتیجه را به بار نمی‌آورد، پس وجود چاه، شرط تحقق بزه قتل است که با انداختن رخ داده است.

۳۱۵. حکم مباشرت، سبب و شرط: صاحب و دارنده‌ی شرط و کسی که آن را ایجاد کرده، مادامی‌که قصدش دخالت در جرم یا تسهیل و یا معاونت در وقوع آن نباشد از مسئولیت مبرا است. زیرا عمل وی سبب ایجاد جرم و علت آن به شمار نمی‌آید و چنانچه قضیه منحصر به عمل او بود به هیچ وجه جرم منظور ایجاد نمی‌شد، و هرچند عمل او شرط وقوع جرم به حساب می‌آید، لیکن چون قصد مجرمانه نداشته، مسئولیت ندارد. اما اگر قصد وی از ایجاد شرط، دخالت در بزه یا تسهیل و معاونت در وقوع آن باشد، مسئولیت کیفری خواهد داشت. پس اگر در مثال مزبور، حفرکننده‌ی چاه، به منظور تسهیل وقوع جرم آن را حفر کرده باشد، مسئولیت کیفری خواهد داشت و کسی که مقتول را به قصد تسهیل وقوع جرم به محل قتل

---

۱. *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۳۴۰؛ *الوجیز* غزالی، ص ۱۲۲ به بعد؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۴.

ره‌نمون می‌شود، مسئول است ولی اگر از آنچه در انتظار مقتول بوده بی‌اطلاع باشد، مسئولیت ندارد.[1]

مباشر و کسی که نقش سبب را ایفا کرده است هر دو در مقابل عملشان مسئول هستند زیرا کار آنها علت وقوع جرم است و بدون آن به وجود نمی‌آمد. با یادآوری این نکته که اگر مجنی‌علیه قادر باشد تا از تأثیر عمل مباشر یا سبب جلوگیری کند، تعیین میزان مسئولیت به دقت نظر بیشتری نیازمند خواهد بود، برخی از فقها در خصوص این حالت، قواعد ذیل را وضع کرده‌اند:

اولاً: در صورتی که عمل ارتکابی طبیعتاً به وقوع جرم منتهی گردد و جلوگیری از تأثیر آن، اطمینان‌آور نباشد، مباشر و مسبب در مقابل بزه مسئول هستند و معالجه نکردن مجنی‌علیه و یا اهمال وی در این کار اهمیت ندارد. زیرا آنچه سبب ایجاد جرم و علت آن به شمار می‌آید عمل ارتکابی است و اهمال مجنی‌علیه و عدم اقدام به موقع او در ایجاد جرم دخالت ندارد و عقلاً ممکن نیست علت ایجاد جرم باشد.

پس کسی که، دیگری را به قصد قتل مجروح سازد و مجنی‌علیه در اثر جراحت بمیرد، فاعل در مقابل قتل عمد مسئولیت دارد؛ هرچند مجنی‌علیه خود را معالجه نکند یا در معالجه، دقت لازم را به کار نبرد.

ثانیاً: در صورتی که عمل ارتکابی طبیعتاً به وقوع جرم منتهی نشود و جلوگیری از تأثیر آن مقدور و اطمینان‌آور باشد و مجنی‌علیه از تأثیر آن جلوگیری نکند، بزه‌کار فقط در مقابل عمل ارتکابی خود مسئولیت دارد و نتیجه‌ی حاصله به او مربوط نیست زیرا عمل وی سبب ایجاد نتیجه‌ی موصوف نیست و عقلاً علت آن محسوب نمی‌شود و عامل آن اقدام نکردن خود مجنی‌علیه است، مثلاً شخصی را به درون آبی کم‌عمق که به غرق شدن نمی‌انجامد بیندازند و نام‌برده در داخل آن بماند تا خوابش ببرد و یا اطرافش یخ بزند و درنتیجه خفه شود و بمیرد، مسئولیت بزه‌کار در این مورد، محدود به عمل ارتکابی است و در مقابل فوت مجنی‌علیه مسئول نیست زیرا مرگ وی از عمل جانی ناشی نگردیده، بلکه در اثر ماندن در آب ایجاد شده است. این حکم در صورتی است که مجنی‌علیه با آن که قادر بوده که از آب خارج شود در درون آن بماند و بمیرد، اگر در اثر افتادن به آب فلج شود یا پایش بشکند یا بیهوش گردد و نتواند از آب بیرون آید و غرق شود، انداختن در آب، عامل ایجاد جرم و علت آن به شمار می‌آید و لذا مجرم در مقابل قتل، بازخواست می‌شود.

فقها در مورد این اصل اختلاف ندارند ولی در اعمال آن اختلاف نظر دارند، مثلاً شافعیه

---

۱. *همان*، ج ۴، ص ۶.

می‌گویند اگر کسی حجامت نماید و مجروح جراحتش را نبندد تا خونش برود و بمیرد، حجامت‌کننده در مقابل قتل مسئول نیست، زیرا خون‌گیری طبیعتاً منتهی به مرگ نمی‌شود و مجروح در صورتی که محل حجامت را می‌بست نمی‌مرد. حنابله خون‌گیر را مسئول قتل می‌شمارند زیرا وی جراحت منجر به فوت را ایجاد کرده و معالجه‌ی آن مورد وثوق و اطمینان‌آور نبوده است.[1]

ثالثاً: در صورتی که عمل ارتکابی طبیعتاً به وقوع جرم منتهی گردد ولی جلوگیری از تأثیر آن آسان باشد، مانند آن که شناگر ماهری را به درون آب زیاد که به غرق‌شدن بینجامد بیندازند و او با شنا خود را نجات ندهد و در آب غرق شود؛ یا این که شخصی را در میان آتش جزئی قرار دهند که بتواند از درون آب بیرون آید ولی در همان جا بماند تا بسوزد. حکم این دو مثال و مثال‌های مشابه اختلافی است، به نظر برخی فاعل، قاتل است؛ زیرا به آب‌انداختن، شخص را هراسان می‌کند و غرق می‌شود، و اعصاب کسی که او را در میان آتش قرار می‌دهند متشنج می‌گردد و حرکتش را مشکل می‌سازد، به علاوه، معمولاً مردم خود را به مرگ تسلیم نمی‌کنند، بنابر این در مثال‌های مزبور، مرگ مجنی‌علیه در نتیجه‌ی عمل فاعل خواهد بود. به عقیده‌ی برخی در صورتی که مجنی‌علیه به شناگری آشنا بوده با این‌حال شنا نمی‌کند یا می‌تواند از درون آتش بیرون آید و نمی‌آید، در این‌صورت بزه‌کار قاتل محسوب نخواهد شد.[2] هر دو گروه، مجرم را مسئول می‌دانند. گروه اوّل او را در مقابل نتیجه‌ی عمل مسئول می‌شناسند و حال آن که گروه دوم فقط در مقابل عمل ارتکابی و نه در مقابل نتیجه‌ی آن، مسئولیت قایل‌اند، غالب کسانی که فاعل را قاتل می‌شمارند، قتل را شبه عمد می‌دانند، نه قتل عمد، زیرا عمل مجرم، غالباً منتهی به فوت نمی‌گردد.

۳۱۶. تفاوت مسئولیت مباشر با مسئولیت ایجادکننده‌ی سبب: در حقوق اسلامی قاعده بر این است که مباشر و مسبب هر دو مسئولیت کیفری دارند، لیکن تساوی در مسئولیت به معنای مساوی بودن مجازات آن دو نیست زیرا در جرایم حدود، قاعده بر این است که کیفر حد فقط درباره‌ی مباشر جرم اعمال گردد.[3] به این ترتیب، ایجادکننده‌ی سبب، به تحمل کیفر حد محکوم نمی‌شود بلکه مجازات تعزیری در انتظار اوست. در توجیه این قاعده می‌توان

۱. *الوجیز*، ج ۲، ص ۱۲۲ به بعد؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۲۶.
۲. *نهایةالمحتاج*، ج ۷، ص ۲۴۳ و ۲۴۵؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۲۶؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۲۹۴؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰؛ *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.
۳. *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۹؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۴۲.

گفت که اصل در جرایم آن است که مباشرتاً رخ دهند و جرایم حدود، غالباً به نحو مباشرتی رخ می‌دهند و کمتر از طریق تسبیب پدید می‌آیند، از این رو، مجازات جرایم حدود ناظر به اصل و شیوه‌ای است که غالباً به وجود می‌آیند.

در جرایم قصاص هرچند مانند حدود، مجازات‌ها از قبل معین شده است به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد هم بر مباشر و هم بر ایجادکننده‌ی سبب، توأماً اعمال می‌شوند زیرا این جرایم غالباً به طریق تسبیب پدید می‌آیند، اگر مجازاتشان منحصر به مباشر بود، احکام قصاص معطل می‌ماندند، زیرا جانی می‌تواند به‌جای اتخاذ شیوه‌ی "مباشرت" از طریق ایجاد سبب[1] به مقصود خود نایل آید. لیکن ابوحنیفه مجازات قتل مباشرتی و قتل عمد از طریق ایجاد سبب را[2] یکسان نمی‌شمارد با آن که هر دو مورد را قتل عمد می‌داند، قاتل مباشر را به قصاص محکوم می‌سازد و از نفر دوم به دلیل شبهه، قصاص را ساقط می‌داند. ابوحنیفه در تأیید نظر خود می‌گوید مجازات قتل عمد قصاص است، قصاص به معنای مماثلت و هم‌آهنگی است و در حقیقت قصاص، قتل جانی به طریق مباشرت است، بنابر این باید عمل ارتکابی مجرم هم شبیه به آن باشد. پس کسی که چاهی را حفر می‌کند تا شخصی درون آن سقوط کند و بمیرد، قصاص نمی‌شود زیرا هرچند حفر چاه سبب قتل است، جانی مباشرتاً دست به قتل نزده است. اگر کسی در مورد جرمی که مجازات مرتکب آن اعدام است، شهادت دروغ بدهد و بر مبنای این شهادت، وی محکوم به اعدام شود، کیفر شاهد قصاص نیست، زیرا شهادت هرچند مبنای حکم قرار گرفته، مباشرتاً به اعدام مجنی‌علیه منتهی نشده است.[3]

در جرایم تعزیر، مجازات مباشر با ایجادکننده‌ی سبب تفاوت ندارد و مجازات هر دو یکسان است، با این حال این مسئله اقتضای آن را ندارد که نوع و مقدار مجازاتی که در انتظار آنان است یکسان باشد؛ زیرا این مجازات نامعین است و قاضی در انتخاب هر یک از مجازات‌ها و تعیین میزان آن در حد فاصل مجازات کمتر و بیشتر آزادی عمل دارد.

۳۱۷. مسئولیت مباشر و ایجادکننده‌ی سبب در صورت اجتماع: در صورت اجتماع سبب و مباشرت، قضیه از سه حالت بیرون نیست:

حالت نخست ـ سبب اقوی از مباشر است: در صورتی سبب بر مباشر غالب است که مباشرت عدوانی و با سوءنیت نباشد، در این حالت، تنها ایجادکننده‌ی سبب مسئولیت

---

۱. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۱؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۵ به بعد؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۱.

۲. ابوحنیفه قتل به تسبیب را در صورتی که سبب در حکم آلت دست مجرم باشد قتل مباشرتی می‌داند، مانند حالت اجبار.

۳. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۹.

دارد، مانند کشتن محکوم به اعدام که بر مبنای شهادت دروغ محکوم شده باشد. اجرای حکم به دست مجری آن مباشرت، و شهادت دروغ سبب آن است و چون کار جلاد و مجری حکم عدوانی نیست، ایجادکننده‌ی سبب یعنی کسی‌که شهادت دروغ داده است قاتل به شمار می‌آید. همین‌طور هرجا که سبب بر مباشر قوی و غالب است، مسئولیت مباشر منتفی و فقط ایجادکننده‌ی سبب مسئولیت دارد.[۱]

حالت دوم ـ مباشر اقوی از سبب است: مباشرت زمانی اقوی و غالب فرض می‌شود که از تأثیر عمل سبب جلوگیری کند، مانند کسی که شخصی را به منظور غرق‌کردن به آب اندازد و نفر دیگر او را خفه کند و یا شخصی را از بالای بلندی بیفکنند و پیش از رسیدن به زمین، شخص دیگری، گردن او را با شمشیر قطع کند و یا با گلوله‌ی آتشین او را بزند. در این موارد فقط مباشر مسئول قتل است و قصاص می‌شود و ایجادکننده‌ی سبب فقط تعزیر می‌گردد و در مقابل نتیجه‌ی عملش که همانا مرگ مجنی‌علیه است، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد.

به عقیده‌ی برخی از فقها، چنانچه سلامت ماندن از تأثیر سبب غیرقابل انتظار باشد، مباشرت، موجب قطع تأثیر آن نمی‌شود، مثلاً هنگامی‌که شخصی را از جای بلندی پرتاب می‌کنند که ممکن نیست جان سالم به در برد، هرچند در میان راه و پیش از وصول به زمین، شخص دیگری گردن او را قطع بکند، در این حالت مسئولیت سبب و مباشر برابر است و هر دو در مقابل قتل مسئولیت دارند، زیرا عمل هر یک از آنها کار دیگری را کامل و تمام می‌کند، اما اگر سلامت ماندن از تأثیر عمل سبب، قابل انتظار باشد، به نحوی که بیان شد، مباشرت از تأثیر سبب جلوگیری می‌کند.[۲] در مثال‌هایی که ارائه شد، فرض این است که مباشر با سبب در ارتکاب بزه، از قبل هم‌آهنگی و اتخاد تصمیم نکرده باشند.

به عقیده‌ی ابوحنیفه، هرجا که سبب با مباشر اجتماع کند و مباشرت براساس عدوانی صورت پذیرد به نحوی که حکم بر مباشر نسبت داده شود نه بر ایجادکننده‌ی سبب،[۳] همیشه مباشر غالب است. انتساب حکم نسبت به مباشر به معنای تبرئه‌ی صاحب سبب نیست بلکه هرگاه عمل وی معصیت تلقی شود، مسئولیت خواهد داشت.

اهمیت این قاعده در جرایم حدود و قصاص ظاهر می‌شود، زیرا غلبه‌ی مباشر بر سبب و انتساب حکم به وی باعث می‌گردد که کیفر حد و قصاص فقط در مورد مباشر اجرا و صاحب سبب فقط تعزیر شود.

حالت سوم ـ سبب و مباشر با هم برابر باشند: زمانی سبب با مباشر برابر است که تأثیر

---

۱. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۶؛ *مواهب الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۱.
۲. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۸۵.
۳. *الاشباه و النظائر*، ص ۸۱؛ مجله‌ی *القانون و الاقتصاد*، سال ششم، ص ۵۸۱.

هر دو در ایجاد جرم یکسان باشد، در چنین حالتی صاحب سبب با مباشر توأماً در مقابل نتیجه‌ی عمل خود مسئولیت دارند، مانند حالت اجبار به قتل که در این صورت اجبارکننده و آمر به همان میزان مسئولیت دارند، که مجبور و مأمور مسئولیت دارد.

به عقیده‌ی ابوحنیفه، هیچ‌گاه سبب با مباشرت یکسان نمی‌شود، زیرا در صورت اجتماع مباشرت با سبب و عدوانی بودن آن، عمل ارتکابی به مباشر نسبت داده می‌شود. ابوحنیفه در این مسئله با مالک و شافعی و احمد مخالف است، و اگر مکره را قاتل به شمار می‌آورد به این معنا نیست که سبب را با مباشر یکسان می‌داند، بلکه به نظر وی، صاحب سبب، مباشر جرم است، چنانچه مباشر به مثابه‌ی ابزار و آلت فعل محسوب گردد.

۳۱۸. رابطه‌ی سببیت و مسئولیت کیفری: برای این که مجرم در مقابل بزه انتسابی مسئول شناخته شود باید: اولاً جرم منظور از عمل او ناشی شده باشد؛ ثانیاً بین عمل بزه‌کار و نتیجه‌ی حاصله رابطه‌ی سببیت برقرار باشد.

در صورتی که عمل بزه‌کار به سبب پیوستگی آن به نتیجه‌ی حاصل مباشرت است، قبول رابطه‌ی سببیت میان عمل و نتیجه‌ی به‌دست آمده، مشکل نیست. اما در صورتی که عمل جانی، سبب باشد، غالب اوقات پذیرفتن رابطه‌ی سببیت مشکل است زیرا عمل جانی با نتیجه‌ی به دست آمده پیوستگی و اتصال مباشرتی ندارد. این مشکلات زمانی پدید می‌آیند که عوامل و اسباب متعددی در وقوع نتیجه‌ی مجرمانه دخالت داشته باشند و هم‌دیگر را کمک یا از تأثیر برخی دیگر جلوگیری کنند. در ذیل این مشکلات و احکام آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳۱۹. تعدد عواملی که در وقوع نتیجه‌ی مجرمانه نقش سبب را ایفا کرده‌اند: قاعده این است که اگر عمل بزه‌کار به تنهایی علت پیدایش نتیجه‌ی مجرمانه بوده یا در میان عوامل متعدد در پیدایش آن دخالت داشته باشد،[1] جانی در مقابل نتیجه‌ی به وجود آمده مسئول خواهد بود. بنابر این، کسی‌که در جسم دیگری به قصد قتل، جراحت کشنده‌ای وارد می‌کند و مجنی‌علیه در اثر جراحت می‌میرد به عنوان قاتل عمد مؤاخذه می‌شود و اگر مجنی‌علیه از قبل جراحت‌های کشنده‌ای داشته باشد و متهم ضربه‌ی کشنده‌ی دیگری به وی بزند و تحت تأثیر جراحت‌ها بمیرد، مسئول قتل عمد است؛ هرچند مرگ مجنی‌علیه در نتیجه‌ی تمام جراحت‌ها به جود آمده باشد. در این مورد تفاوت نمی‌کند که این جراحت‌ها به دست

۱. فرض این است که مجرم با سایر عوامل ایجادکننده‌ی سبب هم‌آهنگی نداشته باشد.

مجنی‌علیه به وجود آمده یا شخص ثالثی آنها را وارد ساخته باشد، مثلاً انسان یا حیوانی وی را مجروح کرده باشد.

اگر جراحت‌های کشنده‌ی موجود در جسم مجنی‌علیه در اثر عمل مباح و مشروعی مانند دفاع مشروع به وجود آمده باشد و شخص دیگری، جراحت یا جراحت‌هایی به قصد قتل به او وارد سازد و مجنی‌علیه در اثر تمام آنها بمیرد، جانی در مقابل قتل عمد، مسئول است. هم‌چنین است اگر جراحت‌های سابق غیرعمدی باشند. در صورتی که جراحت‌ها غیرعمدی و ناشی از فعل مجاز پس از جراحت وارده از طرف متهم به وجود آمده باشند باز هم حکم مسئله متفاوت نخواهد بود و جانی در مقابل قتل عمد مؤاخذه می‌شود.

در صورتی که عده‌ای از جراحت‌ها نسبت به بخشی دیگر، کاری‌تر باشند، متهمی که ساده‌ترین جراحت‌ها را به وجود آورده است، در صورتی که جراحت وی به تنهایی کشنده بوده و یا در مرگ مجنی‌علیه دخالت داشته باشد، قاتل عمد شناخته می‌شود، هم‌چنان که تعداد جراحت‌هایی که هر یک از جانیان به وجود آورده‌اند نیز اهمیت نخواهد داشت. پس اگر در جسم شخصی یکصد جراحت کشنده به وجود آید، متهمی که یکی از آنها را وارد ساخته است در صورتی که جراحت وی به تنهایی و صرف نظر از بقیه‌ی جراحت‌ها در مرگ مجنی‌علیه دخیل و مؤثر باشد، قاتل عمد به حساب می‌آید؛ هرچند بقیه‌ی جراحت‌ها را فقط یک نفر به وجود آورده باشد.

چنانچه مجنی‌علیه در معالجه‌ی خود اهمال ورزد؛ یا به شیوه‌ی نادرست خود را معالجه کند و یا به پزشک اجازه ندهد که جراحت او را درمان کند یا اقدام مقتضی صورت دهد و پزشک در معالجه، خطا یا کوتاهی کند و این عوامل دست به دست هم داده باعث مرگ مجنی‌علیه گردد، متهم بازاء قتل عمد، بازخواست می‌شود.

چنانچه مجنی‌علیه بیمار، ناتوان یا کودک باشد و متهم نسبت به وی ضرب و جرحی وارد سازد که فرد سالم یا بزرگ را نمی‌کشد، چنانچه ضرب و جرح به کیفیتی باشند که باعث مرگ بیمار، ضعیف و کودک شود، جانی قاتل عمد به شمار می‌آید.

۳۲۰. جلوگیری از تأثیرکار متهم: جانی در مقابل نتیجه‌ی عملش زمانی بازخواست می‌شود که عمل شخص دیگری از تأثیر کار او جلوگیری نکند و بر آن غالب نباشد. در این صورت، جانی فقط در مقابل کاری که انجام داده مسئول خواهد بود و نتیجه‌ی به دست آمده متوجه او نیست. پس کسی‌که به دیگری جراحت کشنده می‌زند و قصدش قتل اوست در صورت فوت مجنی‌علیه، مسئول قتل عمد است ولی اگر شخص ثالثی از راه برسد و گردن

مجنیٌعلیه را قطع کند او قاتل است و نفر اوّل فقط به اعتبار جراحتی که زده مسئولیت دارد، زیرا عمل شخص ثالث از تأثیر عمل جانی جلوگیری کرده است.

چنانچه از تأثیر کار متهم جلوگیری شود و نتیجه‌ی مطلوب به دست نیاید، هرچند حصول نتیجه، مقصود متهم بوده باشد، فقط در مقابل کاری که انجام داده است مسئول شناخته می‌شود، مثلاً کسی که شخصی را به قصد قتل وی مجروح کند و جراحت بهبود یابد، به اعتبار ایراد جرح مسئول شناخته می‌شود، و قاتل محسوب نخواهد شد زیرا اثر جرح، قطع گردیده و به فوت مجنیٌ‌علیه منتهی نشده است.

۳۲۱. پیدایش علل و اسباب گوناگون: گفته شد که اگر عمل متهم یگانه علت پیدایش نتیجه‌ی مجرمانه باشد و یا صرف نظر از عوامل دیگر، کار وی در وقوع نتیجه‌ی آن ذی‌مدخل به حساب آید، مسئول نتیجه خواهد بود. این، یک قاعده‌ی کلی است، و هرجا که کار متهم علّت بلافصل نتیجه به شمار آید، رعایت آن قاعده آسان است، مانند بریدن سر شخصی با چاقو که بریدن، علت بلافصل مرگ است. لیکن مسئله همیشه به این آسانی نیست.

حالت‌های متعددی پیش می‌آید که کار متهم علت بلافصل و مستقیم نتیجه محسوب نمی‌شود بلکه علل و اسباب گوناگونی در حد فاصل آن دو به وجود می‌آید که میان عمل و نتیجه، رابطه‌ی سببیت را ضعیف و کم‌رنگ می‌کند، در حدی که کار متهم را از نتیجه‌ی به دست آمده دور ساخته، سبب بلافصل آن به شمار نمی‌آید، مثلاً اگر متهم به قصد قتل، مجنیٌ‌علیه را مجروح سازد و پس از انتقال مجروح به بیمارستان، بیمارستان آتش بگیرد و بیمار بمیرد، آیا متهم به این اعتبار که عمل وی باعث انتقال مجروح به بیمارستان گردیده است و اگر به بیمارستان منتقل و در اثر حریق کشته نمی‌شد، مسئول قتل اوست؟ یا فقط در مقابل جراحت مسئولیت دارد؟ و یا اگر دو نفر علیه دیگری به دروغ شهادت دهند که شخص ثالثی را به قتل رسانیده است و آن فرد به اعدام محکوم شود و حکم صادره به مرحله‌ی اجرا درآید و بعداً معلوم شود که بی‌گناه بوده است آیا کسی که شهادت دروغ داده است، به این اعتبار که کار وی علت صدور حکم و دستور اجرای آن هم از حکم صادره به وجود آمده است، و اقدام جلّاد به قتل محکوم علیه هم از دستور اجرای حکم ناشی شده است، قاتل به حساب می‌آید؟

برای حل این مشکلات، فقها میان سه دسته از علل و اسباب تفاوت می‌گذارند:

نوع اوّل ـ علل و اسباب حسی: علل حسی، اسبابی هستند که پیدایش نتیجه از آنها محسوس و درک‌پذیر است و کسی درباره‌ی آن تردید نمی‌کند و اختلاف روا نمی‌دارد؛ اعم

از آن که نتیجه مستقیماً و بلافاصله از علت، ناشی گردد، یا در اثر علت و سببی به وجود آید که خود این علت، از علت نخستین ایجاد شده است. پس در هر موردی که عمل متهم علت محسوس و عقلایی نتیجه به حساب آید، مسئول آن شمرده خواهد شد، مانند ایجاد حریق در خانه‌ی مجنی‌علیه به قصد قتل وی؛ به نحوی که وقتی بیدار شد، آتش او را محاصره کند و نتواند خود را نجات دهد و در نتیجه بمیرد. در این مثال، متهم عامل ایجاد حریق را در خانه تعبیه کرده و ایجاد آن باعث حریق منزل گردیده و آتش گرفتن خانه سبب شده است که مجنی‌علیه بسوزد.

نوع دوم ـ علل و اسباب شرعی: مراد از این‌ها، عوامل و اسباب پیدایش نتیجه‌ای هستند که به اقتضای احکام شریعت، جانی در مقابل آن مسئولیت دارد، مانند قاتل عمد به حساب‌آمدن کسی که علیه دیگری شهادت دروغ داده است. در مورد این دسته از علل و اسباب، هرچند که نتیجه‌ی به دست آمده از عمل متهم بسیار دور بوده و رابطه‌ی سببیت میان آن دو ضعیف و کم‌رنگ باشد، جانی در مقابل آن مسئولیت دارد.

نوع سوم ـ علل و اسباب عرفی: هر علت و سببی که به صورت حسی یا شرعی مولد نتیجه به حساب نیاید، از علل و اسباب عرفی به شمار می‌آید به عبارت دیگر، هرآنچه تحت عنوان دو نوع اوّل قرار نگیرد در ردیف علل و اسباب عرفی خواهد بود، از آن جهت به عرف نسبت داده می‌شود که عرف و عقل مردم، آن را علت و سبب می‌داند.

در مورد این دسته از اسباب، هرچند که عوامل و اسباب گوناگونی در ایجاد نتیجه‌ها دست‌به‌دست هم داده باشند و چنانچه عرف مسئولیت آنها را متوجه جانی بداند، در مقابل نتایج به دست آمده مسئول خواهد بود و اگر عرفاً مسئول شناخته نشود، مورد مؤاخذه قرار نمی‌گیرد، مثلاً اگر شخصی قایق کسی راکه بر آن سوار است سوراخ کند و قصدش این باشد که مجنی‌علیه را به گردابی دچار سازد که نجات‌یافتنی نیست و وقتی قایق در شرف غرق‌شدن است، مجنی‌علیه خود را به آب اندازد که با شنا خود را نجات دهد ولی نهنگ او را ببلعد، جانی مسئول قتل عمد است؛ هرچند عمل وی ـ سوراخ کردن قایق ـ علت و سبب بلافصل مرگ مجنی‌علیه محسوب نمی‌شود بلکه علت غرق شدن قایق است و غرق‌شدن قایق باعث شده که مجنی‌علیه خود را به آب افکند، و همین کار باعث بلعیده شدن وی در کام نهنگ شده است. علت اخیر سبب بلافصل مرگ مجنی‌علیه است و با وصف پیدایش علل و توالی آنها و دوری نتیجه‌ی به دست آمده از کاری که متهم انجام داده است، متهم در مقابل آن مسئولیت دارد زیرا به رغم این همه، بنابر عرف، رابطه‌ی سببیت برقرار است. در صورتی که متهم شخصی را به قصد کشتن وی کتک بزند و در نتیجه، جراحت‌هایی در جسم

وی پدید آید که برای معالجه به بیمارستان منتقل شود و سپس بیمارستان در اثر زلزله منهدم گردد و مجنی‌علیه زیر آوار جان بدهد، جانی به اعتبار ایراد جرح مسئول شناخته می‌شود و در مقابل نتیجه‌ی نهایی که همان مرگ مجنی‌علیه است مسئولیت ندارد؛ هرچند مرگ وی از حضور او در بیمارستان ناشی گردیده و بودن او در بیمارستان به سبب کار متهم است، زیرا عرف، جانی را در این حالت قاتل به شمار نمی‌آورد. ساحری که با جادو و حقه‌بازی در اندیشه‌ی قتل کسی است چنانچه شخص منظور بمیرد به سبب قتل بازخواست نمی‌شود، بلکه فقط در مقابل عمل ارتکابی مسئولیت دارد زیرا عرف امروزی بر آن نیست که سحر منجر به قتل می‌شود.

۳۲۲. نظریه‌ی سببیت در حقوق اسلامی: آنچه گذشت به ما امکان می‌دهد تا دیدگاه حقوق اسلامی را در مورد رابطه‌ی سببیت استخراج کنیم. بنابر این دیدگاه، متهم هنگامی در مقابل نتیجه‌ی کارش مسئولیت دارد که میان آن دو رابطه‌ی سببیت موجود باشد. این رابطه، کاری را که از متهم سرزده است به نتیجه‌ی مجرمانه پیوند می‌دهد، به عبارت دیگر، رابطه‌ای که میان سبب و مسبب و علت و معلول ارتباط ایجاد می‌کند، در صورت وجود چنین رابطه‌ای، متهم بازاء نتیجه‌ی عملش مسئول است و چنانچه موجود نباشد، یا به وجود آید ولی پیش از حصول نتیجه از هم بگسلد، اعم از آن که قطع ارتباط طبیعی باشد یا از عمل شخصی دیگری ناشی گردد، فقط در مقابل کاری که انجام داده و نه در مقابل نتیجه‌ی به دست آمده، مسئول خواهد بود.

لازم نیست که عمل متهم یگانه سبب حدوث نتیجه به حساب آید، بلکه کافی است که عمل وی در ایجاد نتیجه نقش فعال داشته باشد، در این‌صورت، خواه عمل متهم سبب واحد نتیجه به شمار آید و خواه در کنار آن، اعمال یا رفتار دیگری که از مجنی‌علیه یا شخص ثالثی سر زده؛ یا از حالت طبیعی و یا مزاجی او ناشی شده، ایفای نقش کند، بازاء نتیجه مسئول خواهد بود.

متهم در مقابل نتیجه‌ی عملش مسئول است؛ خواه کار وی علت بلافصل نتیجه به حساب آید و یا علت غیرمستقیم و با واسطه بنابر این در صورتی که نتیجه از علت یا علت‌هایی که از عمل جانی ناشی شده است، به وجود آید، مسئول خواهد بود، به شرط آن که عرف مردم در چنین حالتی او را مسئول بداند.

فقها ادامه و تسلسل اسباب و علل را تا بی‌نهایت مجاز نمی‌شمارند، بلکه آن را مقید و تابع عرف می‌دانند. آنچه بنابر عرف سبب نتیجه شناخته می‌شود، هرچند سبب بعید به

حساب آید، سبب است و آنچه بنابر عرف، سبب نتیجه شناخته نمی‌شود، هرچند قریب هم باشد، سبب نیست.

فقها این شیوه را از آن جهت اتخاذ کرده‌اند که به عدالت نزدیک‌تر و با طبیعت اشیا سازگارتر است. پس اگر آنان در تعیین رابطه‌ی سببیت فقط به سبب مباشر اکتفا می‌کردند ـ آن گونه که حقوق‌دانان فرانسوی در مورد قتل انجام داده‌اند ـ باعث می‌شد تا اعمال زیادی که عقلاً و عرفاً قتل به شمار می‌آیند از این دایره بیرون بمانند و اگر فقها مبالغه می‌کردند هر نوع سبب غیرمباشر را، سبب می‌شمردند ـ چنانچه برخی از حقوق‌دانان آلمانی کرده‌اند ـ در دایره‌ی قتل اعمال زیادی را وارد می‌ساختند که عرف و منطق مردم آنها را قتل نمی‌شناسد.

ملاحظه می‌شود که نظریه‌ی "رابطه‌ی سببیت" در حقوق اسلامی در حدی انعطاف‌پذیر است که عرف و منطق مردم آن را پذیرا باشد. در عین حال این نظریه عادلانه هم هست زیرا با درک و احساس مردم از عدالت متناسب است. اساساً مقیاس و میزان قرار دادن عرف در تعیین سببی که باعث پیدایش نتیجه می‌گردد عاملی است که بقای نظریه‌ی رابطه‌ی سببیت از دیدگاه حقوق اسلامی را تا هنگامی‌که بشریت به حیات خود ادامه می‌دهد، تضمین می‌کند، زیرا مردم اعم از آن که پیشرفته باشند یا عقب‌مانده، نادان باشند یا عالم، عرفی دارند که به آن اطمینان می‌کنند و از عقلی برخوردارند که به چیزی که مادام آن را عادلانه ندانند راضی نمی‌شوند. این نظریه با عرف مردم و دیدگاه آنان درباره‌ی عدالت در هر زمان و مکانی سازگار است.

۳۲۳. بررسی تطبیقی: حقوق اسلامی به‌رغم قدمت آن از نظریه‌ی فرانسوی در مورد رابطه‌ی سببیت برتر و با جدیدترین نظریه‌ها که در دایره‌ی قوانین وضعی پدید آمده‌اند، سازگار است.

حقوق‌دانان فرانسوی حتی امروزه هم در قتل عمد فقط سبب بلافصل و مباشر را می‌پذیرند؛ یعنی سببی را عامل قتل می‌دانند که میان آن و مرگ مجنی‌علیه عوامل دیگری که فی‌نفسه و به تنهایی منجر به فوت می‌گردند یا در ایجاد مرگ کمک می‌کنند، موجود نباشند، مثلاً اگر متهم شخصی را به قصد قتل بزند یا مجروح سازد و مجنی‌علیه در معالجه کوتاهی یا خود را به طریق صحیح معالجه نکند یا بیمار و یا ناتوان باشد و این عوامل در مرگ وی مؤثر باشند، متهم را قاتل نمی‌شمارند زیرا از نظر آنان، ضرب و جرح، علت بلافصل فوت مجنی‌علیه نیست چون عوامل دیگری در مرگ او دخیل بوده که چه بسا اگر نبودند مجنی‌علیه وفات نمی‌کرد.

حقوق‌دانان فرانسوی این نظریه را فقط در مورد قتل عمد رعایت می‌کنند و در قتل خطایی، قبول سبب غیرمباشر را غیرموجه نمی‌دانند. این تفکیک نشان می‌دهد که این نظریه معیوب است، زیرا اگر عدالت ایجاب می‌کند که در قتل عمد فقط سبب مباشر پذیرفته شود، قبول سبب غیرمباشر در قتل خطایی ظالمانه است، و اگر پذیرفتن سبب غیرمباشر در قتل خطایی مقتضای عدالت است، نپذیرفتن آن در قتل عمد، ظالمانه خواهد بود.

تازه‌ترین نظریه‌ها در مورد سببیت، بر هر دو سبب، مباشر و غیرمباشر صحه می‌گذارد. این نظریه‌ها در آلمان و انگلستان و ایتالیا و سوئیس پذیرفته شده و از آنجا به حقوق سایر کشورها راه یافته است. نظریه‌های آلمانی در مورد سببیت، نمونه‌ای از تازه‌ترین آراء درباره‌ی آن است و از این رو به بررسی آنها بسنده می‌شود.

اولین نظریه‌ی آلمانی همان نظریه‌ی سبب نیرومند یا سبب فعال است. حسب مقتضای این نظریه، جانی در صورتی بازاء نتیجه‌ی حاصل مسئولیت خواهد داشت که کار وی در ایجاد آن سبب اساسی به شمار آید؛ هرچند عوامل دیگری هم در پیدایش نتیجه مساعدت کرده باشند، زیرا این عوامل شرط پیدایش نتیجه‌اند و نه اسباب ایجاد آن. البته این سخن در صورتی صحیح است که عوامل در پیدایش نتیجه نقش اوّل را ایفا نکنند، اگر یکی از آنها واجد چنین خصوصیتی باشد، نتیجه‌ی به دست آمده به آن منتسب خواهد بود و عمل جانی به مثابه شرط حصول نتیجه، و نه سبب آن، به شمار خواهد آمد. ایرادی که بر این نظریه گرفته شده این است که نظریه‌ی موصوف بر پایه‌ی تفاضل و برتری عوامل از حیث قدرت و ضعف پی‌ریزی شده است با آن که همه‌ی آنها خواه قوی باشند یا ضعیف در ایجاد نتیجه ضرورت دارند و چنانچه یکی از آنها از میان برود، هرچند که بسیار ضعیف باشد، نتیجه‌ی به‌دست آمده به شکلی نخواهد بود که هم‌اکنون به وجود آمده است.

به دنبال این نظریه، نظریه‌ی دوم که همان "نظریه‌ی تعادل" است به منظور درمان ایراد نظریه‌ی نخست به وجود آمد. طرف‌داران این نظریه همه‌ی عوامل دست‌اندرکار را در یک سطح می‌دانند و بر یکدیگر برتری نمی‌دهند. به نظر اینان، عمل جانی، نخستین عامل ایجاد نتیجه است که اگر به وجود نمی‌آمد، نتیجه‌ی منظور پیدا نمی‌شد، از این رو متهم، صرف نظر از عوامل دیگری که در وقوع نتیجه کمک کرده‌اند، در مقابل نتیجه مسئول است. از نظر اینان، عادی یا غیرعادی بودن عوامل اهمیت ندارد، هم‌چنان که تفاوت نمی‌کند این عوامل از عمل‌کرد مجنی‌علیه پدید آمده باشند یا عمل شخص دیگری عامل آنها محسوب گردد، هم‌چنین تفاوت نمی‌کند که از حالت طبیعی ناشی شده باشند یا از حالت مزاجی و جسمی؛ یا از تأثیر عمل جانی جلوگیری کنند و یا نکنند.

ایراد "نظریه‌ی تعادل" آن است که بر جانی نتیجه‌ای را تحمیل می‌کند، که از عامل دیگری که از تأثیر عمل وی جلوگیری کرده، ناشی شده است. ایراد دیگر این نظریه آن است که اجازه می‌دهد تا سلسله اسباب و عوامل تا بی‌نهایت ادامه یابد و نتیجه‌ی مجرمانه، به این اعتبار که از عمل وی ناشی گردیده، به رغم آن که پیش از حدوث آن از تأثیر کار وی جلوگیری شده است بر او تحمیل شود.

تازه‌ترین نظریه‌های آلمانی نظریه‌ی "سبب مناسب" است که برای رفع ایرادات در نظریه‌ی پیشین ایجاد شده است. مبنای این نظریه همان مبنای نظریه‌ی تعادل است، لیکن به موجب این نظریه، جانی، زمانی در مقابل نتیجه مسئول شناخته می‌شود که کار وی در ایجاد نتیجه‌ی "سبب ملایم" محسوب گردد. سبب در صورتی ملایم یا متناسب نامیده می‌شود که مطابق عرف مردم و به اقتضای طبیعت امور در ایجاد نتیجه کافی باشد.

نظریه‌ی "سبب مناسب آلمانی" بر همان مبانی نظریه‌ی حقوق اسلامی استوار است و از جهت توجهِ مسئولیت، هر دو تقریباً به نتایج واحدی دست می‌یابند. شاید با اهمیت‌ترین تفاوت این باشد که نظریه‌ی حقوق اسلامی ۱۳ قرن بر نظریه‌ی آلمانی پیشی جسته است و نظریه‌ی آلمانی از بطن نظریاتی پدید آمده است که بعد از تحولاتی با نظریه‌ی حقوق اسلامی برابر و یکسان گردیده و ناخالصی‌های خود را از دست داده است.

فصل دوم

عوامل رافع مسئولیت کیفری

۳۲۴. علت رفع مسئولیت کیفری: در صفحات گذشته اشاره شد که مسئولیت کیفری سه پایه دارد[1] که عبارت‌اند از: الف) انجام‌دادن فعل حرام؛ ب) مختار و آزاد بودن فاعل جرم؛ و ج) عاقل بودن فاعل. در صورت تحقق این سه رکن، مسئولیت کیفری به وجود می‌آید، و اگر یکی از آنها موجود نباشد، بزه‌کار کیفر نمی‌بیند. با یادآوری این نکته که عدم مجازات همیشه و در همه حال سبب واحد و معینی ندارد، اگر عمل ارتکابی حرام و ممنوع نباشد، مطلقاً مسئولیت وجود ندارد، زیرا عمل، جرم نیست و مسئولیت قبل از هر چیزی از ارتکاب جرم پدید می‌آید. اما اگر عمل ارتکابی جرم باشد ولی بزه‌کار دارای اختیار و عقل نباشد، مسئولیت کیفری پابرجاست، لیکن به سبب فقدان اراده و عقل، فاعل جرم، کیفر نمی‌شود.

بنابر این، عوامل رافع مسئولیت، یا سببی است که به "عمل ارتکابی" وابسته است و یا در فاعل جرم موجود است. در صورت نخست، عمل ارتکابی مباح است و در حالت دوم، عمل ارتکابی جرم است لیکن فاعل آن کیفر نمی‌بیند.

۳۲۵. علل یا اسباب موجهه: بنابر حقوق اسلامی، فعل حرامْ یا ممنوع به دلیل اسباب متعددی مباح می‌شود، لیکن این اسباب کلاً یا از استعمال حق ناشی می‌شوند یا از انجام‌دادن تکلیف پدید می‌آیند، پس استفاده از حق و انجام‌دادن تکلیف، عاملی است که انجام‌دادن اعمال ممنوع را بر همگان مباح و مجازات فاعل آن را ممنوع می‌سازد. زیرا شریعت به وی حق داده

---

۱. به شماره‌ی ۲۸۵ مراجعه کنید.

است که فعل ممنوع را انجام دهد یا او را به انجام‌دادن آن ملزم ساخته است به این ترتیب انجام‌دادن کاری که بر همگان ممنوع است بر او مجاز می‌شود.

۳۲۶. عوامل رافع مجازات: به‌دلیل چهار سبب، فاعل جرم کیفر نمی‌شود که عبارت‌اند از: اکراه؛ مستی؛ جنون؛ و کودکی. در چهار حالت مزبور، جانی دست به عمل حرامی می‌زند لیکن به سبب فقدان عقل و اختیار از مسئولیت کیفری مبرا است.

۳۲۷. معاذیر قانونی معاف‌کننده از مجازات: در شریعت اسلامی علاوه بر عوامل رافع مسئولیت کیفری، اصل دیگری تبیین شده است که به رغم استحقاق مجرم بر تحمل کیفر، او را از مجازات معاف می‌سازد. این اصل نسبت به قواعد کلی استثنا است. شاید مقصود شارع از وضع این اصل آن باشد که بزه‌کار را بر توبه و دست برداشتن از جرایم بزرگ و عدول از مشارکت در آنها تشویق و وادار کند، به ویژه آن که آیه‌ای که متضمن این اصل است در پی آیه‌ای که مجازات محاربه را بیان می‌کند آمده است و محاربه از بزرگ‌ترین جرایم به شمار می‌آید: «انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله، و یسعون فی الارض فساداً ان یقتلوا، اویصلبوا، اوتقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف، ینفوا من الارض، ذلک لهم خزی فی‌الدنیا و لَهُمْ فی‌الاخره عذاب عظیم.الا الذین تابوا من قبل ان تقدروا علیهم» ـ مگر کسانی را که پیش از دست‌یابی به آنان توبه کنند ـ «فاعلموا ان الله غفور رحیم» (مائده، ۳۳ و ۳۴). این آیه در مورد محاربه است ولی در مورد سایر جرایم حدود اختلافی است که در گذشته آن را بیان کردیم.[۱] بدون شک، چنانچه حکومت‌ها مصلحت بدانند این قاعده را در مورد جرایم تعزیری نیز می‌توانند اعمال کنند.

۳۲۸. بررسی تطبیقی: عوامل رافع مسئولیت کیفری از دیدگاه اسلامی همان عواملی است که بنابر قوانین عرفی، هم رافع مسئولیت‌اند و هم هر کدام احکام واحدی دارند. در حقوق اسلامی، استعمال حقوق و انجام‌دادن تکالیف، وصف مجرمانه‌ی عمل ارتکابی را از میان می‌برد. پس عملی که استعمال حق یا انجام‌دادن تکلیف است، وصف مجرمانه ندارد، این حکم همان است که در قانون مصر و دیگر قوانین وضعی پذیرفته شده است. در حقوق اسلامی، حالت اجبار و مستی و جنون و کودکی با آن که عمل ارتکابی آنان جرم به شمار آید، رافع مجازات شناخته می‌شود، قوانین نیز چنین موضعی دارند. اسلام در برخی از

---

۱. به شماره‌ی ۲۵۳ مراجعه کنید.

جرایم بزرگ توبه و عدول از ارتکاب جرم را پیش از دستگیری از معاذیر قانونی، معاف‌کننده از مجازات می‌شمارد، در قوانین وضعی هم‌چنین است.

تنها تفاوت آن دو در این است که عوامل موجه و رافع مسئولیت و معاف‌کننده از مجازات از روز پیدایش اسلام در حقوق آن شناخته شده است؛ یعنی زاید بر ۱۳ قرن و از اولین روز به شکلی که هم اکنون موجود است این عوامل را مورد شناسایی قرار داده است و حال آن که در قوانین وضعی کلاً، عوامل موصوف در پایان سده‌ی ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ میلادی مورد شناسایی قرار گرفته است؛ آن هم نه به صورت تمام و یکدفعه بلکه گام به گام و مرحله به مرحله.

مبحث اول: اسباب اباحه یا عوامل موجهه (اجرای حق و تکلیف)

۳۲۹. علت مجاز بودن اعمال ممنوع: در شریعت اسلام قاعده بر این است که اعمال حرام به طور کلی بر همگان ممنوع است، لیکن شارع مقدس به عنوان استثنا بر این اصل، برخی از این اعمال را نسبت به اشخاصی که واجد اوصاف معینی باشند مجاز دانسته است. زیرا اوضاع و احوال حاکم بر افراد و گروه‌های اجتماعی این اباحه را اقتضا می‌کند، به علاوه، گروه‌هایی که انجام‌دادن اعمال ممنوع بر آن مباح می‌شود درواقع غرض یا اغراض شارع را تأمین می‌کنند.

مثلاً ارتکاب قتل بر همگان حرام است و مجازات قاتل عمد، قصاص یا همان قتل است. لیکن شارع اعمال این مجازات را حق ولی دم شناخته است. خداوند می‌فرماید «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً فلایسرف فی‌القتل» (اسراء، ۳۳) پس وقتی صاحب خون، قاتل را می‌کشد، به عنوان ولی دم، عمل مجازی را انجام می‌دهد؛ هرچند انجام‌دادن آن بر همگان حرام است و او در حال انجام‌دادن آن دو، هدف از اغراض شارع را نیز برآورده می‌سازد. هدف اوّل این است که قاتل قصاص شود، دومین غرض این است که قصاص به دست ولی دم و صاحب خون صورت پذیرد.

ایراد جرح بر هر کس حرام و ممنوع است، اما اگر ادامه‌ی حیات و راحتی مجروح بر انجام‌دادن عمل جراحی متوقف باشد، جراحی بیمار برای پزشک معالج مجاز می‌شود تا او را از تحمل درد و رنج نجات دهد و یا زندگی وی را از مرگ برهاند، زیرا اولاً: الضرورات تبیح المحظورات. ثانیاً: اسلام برای درمان بیماری‌ها تشویق می‌کند و واجب می‌داند که انسان خود را به هلاکت نیفکند «لاتلقوا بایدیکم الی‌التهلکه». بنابر این، جراحی بیمار بنابر اهداف شارع، موجب دفع ضرورت، درمان بیماری و رهانیدن نفس از هلاکت می‌شود.

ایراد ضرب بر همگان حرام است، لیکن تربیت کودکان و رشد سالم آنان، به ضرورت اقتضا می‌کند که تأدیب شوند و چون شریعت بر کسانی که عهده‌دار تربیت اطفال هستند دستور داده است که آنها را به بهترین وجه تربیت و آموزش دهند، به آنان اجازه هم داده است که به عنوان تحقق وظیفه‌شان، کودکان را به قصد تأدیب و تعلیم تنبیه کنند.

به این ترتیب، طبیعت امور و مصالح اشخاص و جامعه و تحقق اهداف شارع ایجاب می‌کند تا برخی از اشخاص حق داشته باشند به اعمالی دست بزنند که بر دیگران حرام است.

چون مباح شدن عمل ممنوع برای تحقق مصلحت معینی است، به صورت منطقی واجب است که صرفاً برای تحقق همان مصحلت انجام پذیرد و اگر با مقصود دیگری رخ دهد، جرم به‌شمار می‌آید. پزشکی که بیمار را جراحی می‌کند، امر واجبی را انجام می‌دهد که بدان مکلف و در نتیجه عملش مجاز است، اما اگر مریض را با قصد قتل جراحی کند، قاتل و عمل ارتکابی‌اش، جرم است.

۳۳۰. حق و تکلیف یا واجب: اصل این است که صاحب حق می‌تواند حق خود را مورد استفاده قرار دهد یا آن را استعمال نکند. اگر آن را به کار برد، هیچ منعی نیست و اگر رها کند، گناه نکرده است پس حق آن است که انجام‌دادنش جایز است و ترکش مجازات ندارد.

در مقابل حق، تکلیف یا واجب قرار دارد، حق و تکلیف طبیعتاً با یکدیگر مخالف‌اند اگر استعمال حق مجاز باشد، انجام‌دادن تکلیف، واجب و حتمی است. اگر دارنده‌ی حق با ترک آن مرتکب گناه نمی‌شود، صاحب تکلیف در صورت عدم انجام‌دادن، دست به گناه می‌زند و مستحق کیفر می‌شود.

حق و تکلیف هرچند در طبیعت خود با یکدیگر مخالف‌اند از نظر کیفری با هم‌دیگر یکسان هستند زیرا عمل ارتکابی یا استعمال حق است یا ادای تکلیف و در هر دو صورت جرم نیست.

ممکن است عمل واحد نسبت به شخص معینی حق و نسبت به دیگری تکلیف به حساب آید، مانند قتل به عنوان قصاص که اگر صاحب خون انجام دهد حق او و اگر اجرای آن به عهده‌ی مأمور اجرای حکم گذاشته شود، تکلیف او به شمار می‌آید. در مذهب ابوحنیفه، شوهر و پدر حق تأدیب دارند و همین امر برای مدرس و معلم، تکلیف و واجب است.

تفکیک بین حق و تکلیف از دو جهت اهمیت دارد: جهت اوّل که فقها در آن اتفاق نظر دارند آن است که به کار نبردن حق کیفر ندارد ولی ممکن است مکلف به سبب ترک تکلیف، کیفر ببیند. جهت دوم که میان فقها اختلافی است آن است که استعمال حق به "شرط

سلامت" مقید است ولی تکلیف این قید را ندارد. به عبارت دیگر، کسی که حق خود را استعمال می‌کند، همیشه در مقابل سلامت محل و موضعی که حق خود را بر آن استعمال می‌کند مسئول است زیرا مخیر است که آن را انجام بدهد یا انجام ندهد. اما کسی که ادای تکلیفی را عهده‌دار است در مقابل سلامت محل مسئول نیست زیرا به ادای تکلیف ملزم است و حق ندارد آن را انجام ندهد. سخن گفته شده رأی ابوحنیفه و شافعی بود، اما به عقیده‌ی مالک و احمد، حق مانند تکلیف به شرط سلامت مقید نیست زیرا استعمال آن در چارچوب تعیین شده مباح است و انجام‌دادن عمل مباح، مسئولیت ندارد.

برای این که بدانیم عملی نسبت به یک شخص حق تلقی می‌گردد یا تکلیف باید بدانیم آیا وی حتماً باید آن را انجام بدهد یا خیر؟ آیا در صورت عدم انجام‌دادن، کیفر می‌بیند و گناه می‌کند یا نه؟ در صورت نخست، عمل مزبور تکلیف است، هم‌چنین است اگر ترک آن مستوجب گناه یا عقوبت گردد. اما اگر بتواند آن را انجام دهد یا اگر مایل باشد از انجام‌دادن آن سرباز زند، بدون آن که مستوجب کیفر یا گناه گردد، نسبت به وی حق تلقی می‌گردد.

در صورتی که حق را تحلیل کنیم، خواهیم دید که حق اقتداری است که در چارچوب معین برای صاحب حق نسبت به محل حق به وجود می‌آید، پس حق تأدیب برای ادب‌کننده نسبت به محل تأدیب که مثلاً همسر یا فرزند یا شاگرد است، سلطه و اقتدار می‌بخشد. اگر تکلیف را تحلیل کنیم خواهیم دید که مکلف بر محل تکلیف همان سلطه و اقتدار را دارد و انجام‌دادن واجب را برای وی به عنوان حقی در محل تکلیف قرار می‌دهد، وجوب تأدیب به عقیده‌ی کسانی که آن را واجب و تکلیف‌می‌دانند بر مکلف نسبت به محل تکلیف مثلاً فرزند و شاگرد همان سلطه و اقتدار صاحب حق را می‌بخشد. پس کسی‌که به انجام‌دادن امری مکلف است در واقع نسبت به محل تکلیف صاحب حق است لیکن نمی‌تواند استعمال آن را رها سازد. یگانه فرق حق و تکلیف در همین نکته است.

بررسی احکام ناظر بر استعمال حقوق و ادای تکالیف اقتضا می‌کند تا امور ذیل مورد بحث و بررسی قرار بگیرند:

۱ـ دفاع مشروع؛

۲ـ تأدیب؛

۳ـ عمل جراحی و طبابت؛

۴ـ مسابقات ورزشی؛

۵ـ مهدورالدم بودن؛

۶ـ حقوق و تکالیف حکام.

به هر یک از این امور یک مبحث اختصاص داده می‌شود.

گفتار اوّل: دفاع مشروع

۳۳۱. دفاع مشروع در حقوق اسلامی بر دو نوع است: الف ـ دفاع مشروع به معنای خاص که اصطلاحاً دفع مهاجم نامیده می‌شود؛ ب ـ دفاع مشروع به معنای عام که اصطلاحاً امر به معروف و نهی از منکر نام دارد. هر یک از این دو نوع با عنوان "مطلب" مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

بند اول: دفاع مشروع به معنای خاص یا دفع حمله‌ی مهاجم

۳۳۲. مفهوم دفاع مشروع به معنای خاص: از دیدگاه شریعت، دفاع مشروع به این معنی برای حمایت از خود یا دیگری بر هر انسان واجب است و در حمایت از مال خود یا دیگری در مقابل هر نوع تجاوز غیر مشروع، حق وی به حساب می‌آید. مدافع برای رفع تجاوز می‌تواند از هر قدرتی که لازم باشد بهره جوید.

مقصود از دفاع مشروع به مفهوم خاص آن، اعم از آن که واجب یا حق تلقی گردد دفع حمله و تجاوز است نه مجازات مهاجم، زیرا دفع تجاوز، مجازات متجاوز را از میان بر نمی‌دارد. فقها به جای اصطلاح دفاع مشروع به مفهوم خاص از عبارت "دفع‌الصائل" و به جای متجاوز از "صائل" و به جای شخص معتدی‌علیه یا مورد تجاوز از "مصولاعلیه" استفاده کرده‌اند.

مبنای دفاع از مهاجم ـ دفع الصائل: این قول خداوند است که می‌فرماید: «هر کس بر شما تعدی و ستم روا داشت مقابله به مثل کنید» (بقره، ۱۹۴) و روایتی است که علی‌بن‌امیه از رسول اکرم (ص) نقل می‌کند که می‌گوید: کارگری داشتم که با شخصی درگیر شد و هر یک دست هم را به دندان گرفتند وی دست خود را از دهان گازگیرنده بیرون آورد و در نتیجه دو دندان ثنایای وی افتاد. نزد پیامبر (ص) آمد، ایشان دندان‌های او را مهدور شناختند و فرمودند: «آیا باید دستش را در دهان تو نگه می‌داشت تا آن را با دندانت قطع می‌کردی؟» روایت دیگری که عبدالله‌بن‌عمر از قول رسول‌الله (ص) نقل می‌کند مبنای دیگر این قاعده است «کسی که برای حفاظت از مالش در مقابل حمله‌ی غیرشروع بجنگد و کشته شود، شهید است». ابوهریره هم از پیامبر (ص) نقل می‌کند که فرمود: «اگر شخصی بدون اجازه به خانه‌ات نگاه کند و او را با زدن سنگ برانی و در نتیجه اصابت سنگ چشمش کور شود، مرتکب جرم نشده‌ای».

هم‌چنان که اسلام در مقابل جان و مال و ناموس، دفاع مشروع را مجاز دانسته برای دفع

تجاوز از جان و مال و ناموس دیگری هم آن را به رسمیت شناخته است زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «به یاری برادرت بشتاب، خواه ظالم باشد و خواه مظلوم» و نیز می‌فرماید: «مؤمنان در هنگام فتنه و آشوب هم‌دیگر را یاری می‌کنند».

۳۳۳. ماهیت حقوقی دفاع در برابر مهاجم: فقها متفق‌القول‌اند که دفاع مشروع به منظور حمایت از جان و مال و ناموس انسان و یا فرد دیگری در مقابل هرگونه حمله و تجاوز تشریع شده است. لیکن در توصیف شرعی آن از دو جهت اختلاف دارند:

جهت اول ـ ماهیت دفاع: آیا بر مدافع واجب است و حتی‌المقدور نباید از آن دست بردارد؟ و یا حق اوست می‌تواند از تجاوز دفاع کند و حق دارد از آن دفاع نکند؟

فقها متفق‌القول‌اند که دفع مهاجم بر مدافع در صورت تجاوز به ناموس واجب است. پس اگر مردی در صدد تجاوز به زنی درآید و بر دفع او قادر نباشد جز آن که او را بکشد، اگر بتواند، واجب است که مهاجم را به قتل برساند، زیرا تمکین از خواسته‌ی مهاجم حرام است و دفاع نکردن به معنای تمکین در مقابل متجاوز تلقی می‌گردد، هم‌چنین است اگر مردی ببیند که شخصی با زنی زنا می‌کند و یا در صدد زنا با اوست و قادر نباشد که وی را از زنا باز دارد مگر آن که او را بکشد، در این صورت چنانچه بتواند، واجب است که زانی را به قتل برساند.

به موجب یک رأی، واجب چیزی است که تارک آن منحصراً قابل مذمت و ملامت باشد و براساس رأی دیگر، کیفر می‌بیند؛[1] اعم از آن که این کیفر دنیوی باشد یا اخروی.

در دفاع واجب ممکن است تارک آن به کیفر دنیوی محکوم نگردد ولی گناه‌کار و شایسته‌ی عذاب اخروی خواهد بود. پس عدم مسئولیت کیفری برای ترک واجب، در طبیعت آن ایجاد تغییر نکرده و لزوم انجام‌دادن دوباره‌ی آن را برطرف نمی‌سازد.

این عدم مسئولیت هم‌چنین حق و تکلیف را با هم‌دیگر برابر و مساوی نمی‌کند زیرا حق، متضمن تخییر است و صاحب حق می‌تواند آن را انجام دهد یا انجام ندهد ولی در تکلیف این تخییر وجود ندارد، هم‌چنان که صاحب حق با انجام‌دادن یا ترک حق، گناه‌کار به شمار نمی‌آید لیکن مکلف در صورت ترک واجب، شرعاً گناه‌کار است.[2]

فقها در دفاع از نفس اختلاف نظر دارند به موجب ظاهر مذهب ابوحنیفه، که با آراء غالب مذاهب مالک و شافعی برابر است، دفاع از نفس در مقابل مهاجم واجب است.[3] به

---

۱. آمدی، *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، ج ۱، ص ۱۳۸ به بعد؛ غزالی، *المستصفی*، ج ۱، ص ۶۵ و ۶۶.

۲. غزالی، *المستصفی*، ج ۱، ص ۷۴.

۳. حاشیة‌ابن‌عابدین، ج ۵، ص ۴۸۱؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۲۴؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۳؛ *الزیلعی و حاشیة‌الشلبی*، ج ۶، ص ۱۱۰.

موجب رأی مرجوح مذاهب شافعی و مالک که با رأی راجح و برتر مذهب احمد موافق است، دفاع از جان جایز است[1] نه واجب. مستند اینان روایت منقول از پیامبر (ص) است که در خصوص ایام پر از فتنه و آشوب می‌فرماید: «در خانه‌ات بنشین و اگر بترسی که برق شمشیر چشمانت را خیره کند چهره‌ات را بپوشان و یا در عبارت دیگری می‌فرماید: «بنده‌ی مقتول خداوند باش و نه بنده‌ی قاتل او». هم‌چنین اینان به عمل‌کرد عثمان استناد می‌کنند که وی به رغم امکان ادامه‌ی نبرد، از جنگ دست برداشت با آن که می‌دانست شورشیان قصد جانش را دارند.

برخی از فقهای حنبلی میان وضعیت آشوب زده و حالت آرام فرق می‌گذارند در حالت فتنه، دفاع را مطلقاً جایز می‌شمارند و در غیر حالت فتنه آن را مطلقاً واجب می‌دانند؛[2] بعضی از شافعیه و مالکیه نیز چنین گفته‌اند.[3]

دفاع از مال را اغلب فقها نه واجب بلکه جایز می‌دانند و شخص مورد تجاوز یا معتدی‌علیه اگر بخواهد از مهاجم دفاع می‌کند و اگر بخواهد از دفاع دست بر می‌دارد. تفاوت مال و جان در این است که با اباحه‌ی مال و دارایی مباح می‌شود ولی نفس و جان مباح و مجاز نمی‌گردد. برخی از فقها معتقدند چنانچه مال از نوع جان‌داران باشد، دفاع از آن واجب است، هم‌چنین اگر مال متعلق به دیگری مانند شخص محجور یا موقوفه در اختیار مهاجم قرار بگیرد، یا مال امانی باشد و یا اگر هم به مدافع تعلق دارد، مانند رهن و اجاره[4] متعلق حق غیر قرار گرفته است. در این موارد، دفاع از مال واجب است.

جهت دوم ـ تهاجم کودک و دیوانه و حیوان: به نظر مالک و شافعی و احمد در صورت حمله‌ی کودک و مجنون و حیوان، حالت دفاع مشروع محقق است و چنانچه در اثر دفاع کشته شوند و تنها راه چاره‌ی شخص مورد حمله در حمایت از جانش، قتل مهاجم باشد، از نظر کیفری و حقوقی مسئولیت ندارد زیرا او در دفاع از نفس خود[5] در مقابل مهاجم به تکلیف خود عمل کرده است.

ابوحنیفه و یاران او جز ابویوسف، عقیده دارند که مصول علیه یا شخص مورد تجاوز در مورد خون‌بهای کودک و مجنون و قیمت حیوان مسئولیت مدنی دارد. اینان می‌گویند دفاع در

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۵۰ به بعد.
۲. *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۹۰.
۳. *حاشیةالرملی*، ج ۴، ص ۱۶۸؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۸؛ *شرح‌الزرقانی و حاشیةالبنائی*، ج ۸، ص ۱۱۸.
۴. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۸.
۵. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۳؛ *تبصرةالحکام*، ج ۲، ص ۳۰۳؛ *الام*، ج ۶، ص ۱۷۲؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۴۳؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۸۹.

مقابل جرایم پیش‌بینی شده است و عمل کودک و مجنون و حیوان زبان بسته بزه تلقی نمی‌شود. از این رو در حالت تهاجم کودک و مجنون و حیوان، دفاع مشروع تصورپذیر نیست ولی معتدی‌علیه حق دارد برحسب ضرورت مهاجم را بکشد یا مجروح سازد؛ یا او را بیازارد. قاعده بر این است ضرورتی که به اضطرار رخ دهد، جانی را از ضمان و مسئولیت مدنی معاف نمی‌کند؛ هرچند مجازات را برطرف سازد زیرا خون‌ها و اموال مردم معصوم است و معاذیر شرعی، عصمت اموال را از میان نمی‌برد.

به عقیده‌ی ابویوسف، مصول‌علیه تنها در مقابل قیمت حیوان مسئول است زیرا کار کودک و مجنون، جرم است ولی به دلیل فقدان عقل، از کیفر معاف هستند، اما کار حیوان زبان‌بسته جرم نیست در نتیجه، مصول‌علیه در صورت حمله‌ی کودک و مجنون در حالت دفاع مشروع قرار دارد و در صورتی که حیوان به وی حمله کند در حالت ضرورت ناگهانی قرار گرفته است.[1]

کسانی که معتقدند در هر حال، حالت دفاع مشروع برقرار است، می‌گویند واجب است که انسان از جان خود و دیگران در مقابل هرگونه حمله و تهاجم دفاع کند و در مقابل مال خود یا دیگران هم حق یا تکلیف اوست که از هر تجاوزی اعم از آن که جرم باشد یا نباشد دفاع کند. هم‌چنین صرف تجاوز، موجب حلال شمردن خون مهاجم می‌شود، لیکن تجاوز، مصول‌علیه را مکلف یا مجاز می‌سازد که از تجاوز جلوگیری کند و چنانچه جلوگیری از تجاوز جز قتل مهاجم، راه دیگری نداشته باشد برای ردّ تجاوز، همان لازم است. بنابر این، مشروعیت جلوگیری از تجاوز، ریختن خون متجاوز را حلال می‌کند نه نفس تجاوز و لذا ضرورت ندارد که تجاوز، جرم به شمار آید.[2]

۳۳۴. بررسی تطبیقی: در صفحات پیشین، ماهیت حقوقی دفاع مشروع از دیدگاه حقوق اسلامی بررسی شد، اما وضعیت حقوقی آن از دیدگاه قوانین وضعی در زمان‌های مختلف، متفاوت بوده است. در گذشته آن را حقی می‌دانستند که از حقوق فطری سرچشمه می‌گرفت نه از قانون وضعی. در قرون وسطی حالت دفاع مشروع را مانع از کیفر مدافع نمی‌شناختند ولی شایسته می‌دانستند که از تحمل کیفر معاف شود. دفاع مشروع در قرن ۱۸ این گونه تفسیر شد که یک حالت ضروری است که به انسان اجازه می‌دهد تا به تنهایی از خود دفاع کند و این ضرورتُ از آنجا ناشی می‌گردید که هیئت حاکمه این حمایت را مبذول نمی‌داشت. در قرن ۱۹ دفاع مشروع را حالتی از اجبار تلقی کردند زیرا خطری که مدافع را

---

۱. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۰۲.
۲. *الام*، ج ۶، ص ۱۷۲ و ۱۷۳.

احاطه کرده است او را در حالت عدم اختیار قرار می‌دهد، دیگر آن که جانی به صورت غریزی به محافظت از حیات خود وادار می‌شود. ایراد تلقی قرن ۱۹ از دفاع مشروع، این است که دفاع از دیگری یا مال را توجیه نمی‌کند و نتیجه‌ی این تفسیر آن است که فقط به هنگام استعمال حق یا ادای تکلیف، به مجنی‌علیه اجازه می‌دهد تا از خود دفاع کند.

امروزه تازه‌ترین آراء در قوانین وضعی، دفاع مشروع را استعمال حق یا بالاتر از آن ادای تکلیفی می‌داند که منشأ آن قانون موضوعه است، زیرا حق بلکه تکلیف هر انسان است که برای محافظت از حیاتش همت بگمارد و از جان و مال خود دفاع کند گذشته از آن که در مجازات مدافع، نفع و مصلحتی برای جامعه متصور نیست زیرا مدافع بزه‌کار نیست که جامعه از شر او بهراسد.

از بررسی آراء گوناگون در دوره‌های متفاوت و تکامل مستمر آنها چنین برمی‌آید که این آراء در قرن بیستم به نقطه‌ای رسیده‌اند که حقوق اسلامی در قرن هفتم از آنجا شروع کرده است. در شریعت اسلام، دفاع مشروع در غالب حالت‌ها واجب است و در برخی از آنها حق تلقی می‌گردد. شاید پس از اندک زمانی شاهد باشیم که حقوق‌دانان عرفی، دفاع مشروع را به نحوی تعریف و دایره‌ی آن را تعیین کنند که فقهای شریعت انجام داده‌اند.

به عقیده‌ی علمای حقوق، دفاع در مقابل حمله‌ی مجنون و طفل مجاز است؛ هرچند هر دوی آنها از مجازات معاف هستند. زیرا دفاع مشروع مجازات نیست که بر متجاوز تحمیل گردد، بلکه جلوگیری و دفع عداوت اوست. این سخن با نظر اغلب فقها موافقت دارد.

لیکن دانشمند در مورد حمله‌ی حیوان اختلاف نظر دارند که آیا باید دفاع از آن را دفاع مشروع شمارند یا آن را به حالت اضطرار استناد دهند، برخی از آنان مانند فقهای حنفیه معتقدند که حیوان زبان‌بسته را نمی‌توان متجاوز یا مرتکب جرم به شمار آورد و حالت ضرورت، قتل آن را مجاز می‌سازد، برخی دیگر نظریه‌ی دفاع مشروع را در مورد حمله‌ی حیوان نیز صادق می‌دانند، این نظر با رأی مالک و شافعی و احمد هم‌سویی دارد.[1]

قانون جزای مصر با مذهب ابوحنیفه در این که باید عمل مهاجم جرم تلقی شود والا حالت دفاع به وجود نمی‌آید، مطابقت دارد.[2]

۳۳۵. شرایط دفاع مشروع: دفع حمله‌ی مهاجم شرایطی دارد که در صورت وجود، شخص مورد تجاوز در حالت دفاع مشروع به حساب می‌آید این شرایط عبارت‌اند از: ۱ـ وجود

---

۱. *الموسوعة‌الجنائیة*، ج ۱، ص ۵۲۵.

۲. به مادّه‌ی ۲۴۶ از قانون جزای مصر مراجعه شود.

تجاوز و تعدی؛ ۲ـ فعلیت داشتن تجاوز؛ ۳ـ عدم امکان دفع تجاوز از طریق دیگر؛ ۴ـ تناسب دفاع، با تجاوز و خطر.

شرط اول ـ وجود تجاوز: عملی که بر مصول‌علیه رخ می‌دهد باید تجاوز تلقی گردد وگرنه دفاع از آن جایز نخواهد بود، وقتی پدر، فرزند یا همسرش را به قصد تأدیب کتک می‌زند و زمانی که آموزگار شاگردش را تنبیه می‌کند، و هنگامی‌که جلاد گردن محکوم‌علیه یا دست سارق را قطع می‌کند و آن‌گاه که مجری قصاص، قاتل را می‌کشد یا دستش را به عنوان قصاص قطع می‌کند، هیچ کدام از این اعمال، تجاوز و دشمنی محسوب نمی‌شوند بلکه استعمال حق یا ادای تکلیف به شمار می‌آیند.

نتیجه‌ای که بر این شرط مترتب می‌شود آن است که هر عملی را که اسلام واجب دانسته یا انجام‌دادن آن را اجازه داده است، در صورتی که صاحب حق آن را اعمال کند، تجاوز محسوب نخواهد شد، مانند دستگیری و تفتیش منزل و تازیانه‌زدن و حبس‌کردن و سایر مجازات‌ها که از حقوق و تکالیف مأموران و حاکمیت‌ها است.

تجاوز، حد معین ندارد، ممکن است بسیار سخت و شدید و یا ساده باشد. جزئی و ساده‌بودن تجاوز، مانع دفاع به حساب نمی‌آید ولی باید دفاع با حمله و تجاوز متناسب باشد. مورد تجاوز ممکن است جان یا مال یا ناموس مصول‌علیه باشد؛ یا جان و مال و ناموس دیگری و یا جان و مال خود مهاجم، مانند کسی که درصدد قتل خود یا بریدن اعضا یا اتلاف مالش درآید.[۱]

به عقیده‌ی مالک و شافعی و احمد، ضرورت ندارد که تجاوز، جرم قابل مجازات باشد، بلکه کافی است که نامشروع به حساب آید، هم‌چنین به نظر این فقها لازم نیست که مهاجم از کسانی باشد که در مقابل عمل ارتکابی مسئولیت کیفری دارند، بلکه کودک و یا دیوانه نیز مهاجم محسوب می‌شوند. برای این که حالت دفاع مشروع به وجود آید، کافی است که عمل مهاجم ـ هرکس که می‌خواهد باشد ـ نامشروع به شمار آید. اما به عقیده‌ی ابوحنیفه و پیروانش برای تحقق دفاع مشروع لازم است که تهاجم، جرم و قابل مجازات و مهاجم از اشخاصی به حساب آید که مسئولیت کیفری دارند والا مبنای دفاع حالت اضطرار خواهد بود، نه دفاع مشروع. ابویوسف با آنان مخالف است و می‌گوید، جرم بودن متجاوز، برای قیامِ حالتِ دفاعِ مشروع کفایت می‌کند و لازم نیست که جانی در مقابل بزه ارتکابی ـ تجاوز ـ مسئولیت کیفری داشته باشد. نظر ابویوسف با قانون جزای مصر که فقط جرم بودن تجاوز را شرط کرده است کاملاً برابر است.

---

۱. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۷.

به نظر مالک و شافعی و احمد در صورت حمله‌ی حیوان مانند تجاوز انسان، حالت دفاع مشروع برقرار است، لیکن به عقیده‌ی ابوحنیفه و پیروان وی در صورت هجوم حیوان، حالت دفاع مشروع وجود ندارد زیرا عمل حیوان جرم تلقی نمی‌شود. اینان دفاع از هجوم حیوان را "بر اساس حالت اضطرار"، مجازات‌ناپذیر می‌شمارند. این رأی چه بسا که با مواد قانون جزای مصر که قتل حیوان را در صورت "عدم اقتضا" قابل مجازات می‌داند یکسان باشد (مادّه‌ی ۳۵۵). این سخن البته، در صورتی درست است که براساس نظر برتر "مقتضی" را به حالت اضطرار تفسیر کنیم، زیرا عمل حیوان ذاتاً جرم نیست اما اگر در پاره‌ای از احوال، عمل حیوان را به عنوان جرمی که از صاحب آن سر زده است به‌حساب آوریم، دفاع مشروع به وجود می‌آید و در حالت‌های دیگر، دفاع از هجوم را باید براساس حالت اضطرار مجازات‌ناپذیر بدانیم.

مهاجم حق ندارد از دفاع شخص مورد تجاوز، دفاع کرده بگوید که از جان خویش محافظت کرده است، زیرا مهاجم است و در اثر تجاوز در معرض دفاع معتدیٰ‌علیه قرار گرفته است و چنانچه دفاع مستلزم قتل او باشد، خونش هدر است. اما مصول‌علیه معصوم‌الدم است و اگر دفاع، مستلزم مجروح ساختن مهاجم باشد، ایراد جرح مجاز است و شخص مورد تجاوز، کماکان معصوم‌الدم باقی می‌ماند. از مثال‌هایی که بر این مورد می‌توان زد، قضاوت امام علی (ع) است. زنی ازدواج کرده بود، وقتی شب زفاف فرا رسید او رفیق خود را مخفیانه وارد اتاق ساخت و زمانی که شوهرش آمد، رفیق زن به او حمله کرد و با هم‌دیگر گلاویز شدند. شوهر، مهاجم را به قتل رسانید و زوجه هم شوی خود را کشت، علی (ع) زوجه را به سبب قتل زوج محکوم کرد و عمل او را دفاع از خود و یا دیگری به حساب نیاورد.

چنانچه دفاع از حد لازم و مورد نیاز بیشتر شد، مهاجم حق دارد از خود دفاع کند و مصول‌علیه در مازاد بر احتیاج قصاص می‌شود و مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد.

برای ایجاد حالت دفاع مشروع، لازم نیست که تجاوز به صورت عملی رخ بدهد. مصول‌علیه نباید منتظر بماند تا مهاجم به حمله و تجاوز خود مبادرت ورزد، بلکه اگر حالت مهاجم نشان دهد که تجاوز خواهد کرد، می‌تواند بر دفاع از خود مبادرت ورزد، مثلاً اگر شخصی با شمشیر یا سلاح دیگری به طرف شخص دیگری هجوم آورد، چنانچه شخص مورد تجاوز بداند و احساس کند که مهاجم او را خواهد زد، هرچند هنوز شروع نکرده باشد، حق دارد او را بزند ولی اگر این احساس به وی دست ندهد، حق ندارد او را بزند.[۱]

---

۱. الام، ج ۶، ص ۲۷.

اعتقاد به این که مهاجم دست به تجاوز خواهد زد باید استوار بر ظن غالب باشد؛ تا دفاع، مشروع توجیه شود؛ گمان و وهم ضعیف آن را توجیه نمی‌کند. اگر شخصی با اسلحه به خانه‌ی کسی وارد شود و صاحب‌خانه ظن غالب پیدا کند که می‌خواهد او را بکشد و دلایل عاقلانه‌ای بر این گمان موجود باشد، حق دارد مهاجم را بکشد. اگر صاحب‌خانه احتمال بدهد که سارق بر او پیش‌دستی خواهد کرد و این احتمال براسباب معقولی استوار باشد، می‌تواند سارق را بکشد و مسئولیت هم نخواهد داشت.

با قصد شوخی و بازی به طرف کسی سلاح کشیدن، او را در حالت دفاع مشروع قرار نمی‌دهد زیرا این نحو سلاح کشیدن، تجاوز به شمار نمی‌آید. لیکن اگر اوضاع و احوال نشان بدهد که مهاجم در قالب شوخی، قصد جدی دارد و بدین طریق می‌خواهد به مصول‌علیه دست یابد، وی حق دارد که از مهاجم دفع شر کند؛ هرچند دفع شر مستلزم قتل وی باشد.

شناخت ابتدا و انتهای تجاوز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است زیرا دفاع با شروع تجاوز آغاز و با پایان یافتن آن به انجام می‌رسد و پس از اتمام تجاوز، دفاع معنا ندارد. اگر شخص مورد تجاوز مهاجم را بزند و از تجاوز منصرف شود یا مجروح سازد و از تجاوز ناتوان گردد، حق ندارد دوباره او را بزند یا پس از بازماندن از تجاوز، مجدداً مهاجم را مجروح سازد. اگر چنین کند، مجازات می‌شود. البته مصول‌علیه حق دارد مهاجم را تعقیب کند و آنچه را از او ربوده است بازستاند و تا استرداد آن، حالت دفاع مشروع برقرار است. چنانچه استرداد مال جز به قتل مهاجم مقدور نباشد، حق دارد او را بکشد.

میل به تجاوز، حالت دفاع مشروع را ایجاد نمی‌کند، امکان تجاوز معتبر است. کسی که می‌خواهد تجاوز کند ولی از انجام‌دادن آن ناتوان است، چنانچه مصول‌علیه او را بزند یا مجروح سازد و یا بکشد، مرتکب جرم شده است، زیرا دفاع، برای دفع تجاوز مقرر شده است و در این مورد، تجاوز ذاتاً ممکن نبوده است.

شرط دوم ـ فعلیت داشتن تجاوز: مصول‌علیه حالت دفاع پیدا نمی‌کند مگر آن که تجاوز به مرحله‌ی فعلیت برسد والا اقدام شخص مورد تجاوز، دفاع تلقی نمی‌گردد بلکه خود نوعی تجاوز خواهد بود زیرا حق دفاع زمانی به وجود می‌آید که تجاوز به صورت فعلی محقق گردد و یا بر تحقق آن ظن غالب موجود باشد، بنابر این، حلول تجاوز، دفاع را خلق می‌کند و تجاوز بعدی و مؤجل، محمل دفاع به حساب نمی‌آید، هم‌چنین است تهدید به تجاوز، زیرا انسان با خطری مواجه نیست که پیشاپیش به دفاع از آن دست یازد، و اگر هم تهدید به خودی خود تجاوز تلقی شود، دفاع متناسب با خود را می‌طلبد، و مراجعه به قوای دولتی در حمایت شخص مورد تجاوز کفایت می‌کند.

شرط سوم ـ دفع تجاوز به طریق دیگری مقدور نباشد: حالت دفاع زمانی ایجاد می‌شود که وسیله‌ی دیگری برای دفع تجاوز در دست‌رس نباشد، اگر غیر از دفاع با وسیله‌ی دیگری دفع تجاوز مقدور باشد، توسل به دفاع جایز نیست، و چنانچه مصول‌علیه از این وسیله استفاده نکند و به دفاع دست یازد، متجاوز شمرده می‌شود، مثلاً اگر دفع مهاجم با داد و فریاد و کمک طلبیدن از دیگران مقدور باشد با این‌حال شخص مورد تجاوز، مهاجم را بزند یا مجروح کند یا به قتل رساند، مرتکب جرم شده است.[۱] و اگر توسل به قوای دولتی مقدور باشد یا مصول‌علیه بتواند بدون توسل به زور از خود یا دیگری دفع تجاوز کند، حق ندارد از توسل به زور بهره جوید.[۲]

فقها در استفاده از فرار به عنوان تمهیدی برای دفاع از تجاوز، اختلاف نظر دارند. کسی که آن را وسیله می‌شمارد، تمهید از فرار را برای شخص مورد تجاوز واجب می‌داند. زیرا برای دفع تجاوز، تمهید مناسبی است، و مصول‌علیه مکلف است به آسان‌ترین وسیله دفع تجاوز کند.[۳] کسی که آن را وسیله نمی‌شمارد، مصول‌علیه را به رعایت آن، ملزم و مکلف نمی‌داند، و اگر جز فرار یا دفاع راه دیگری موجود نباشد به وی حق می‌دهد که بماند و دفاع کند.[۴] برخی از فقها میان حالتی که فرار سبب ننگ و عار می‌شود و حالتی که مایه‌ی عیب‌جویی نخواهد بود، تفاوت می‌گذارند در حالت نخست، تمهید فرار را لازم نمی‌شمارند و در حالت دوم آن را لازم می‌دانند.[۵] علی‌ای‌حال کسانی که فرارکردن را تمهیدی برای دفاع می‌شمارند، آن را به موردی منحصر می‌کنند که فرار جایگزین دفاع محسوب شود، و اگر مورد تجاوز، مال و حریم خانه است و مدافع نمی‌تواند آنها را با خود ببرد، فرار، تمهید دفاع به شمار نمی‌آید و مدافع ملزم به رعایت آن نیست.[۶]

شرط چهارم ـ دفاع با حمله و تجاوز متناسب باشد: لازم است دفاع با تجاوز متناسب باشد، چنانچه بیش از حد نیاز صورت پذیرد نه تنها دفاع نیست، خود نوعی تجاوز است. شخص مورد تجاوز مقید است به این که همیشه به آسان‌ترین و سهل‌ترین وسیله از خود دفاع کند، و چنانچه دفاع با مقاومت اندک مقدور باشد، حق ندارد از این حد بیشتر رود. اگر مردی بدون اجازه به خانه‌ی کسی داخل شود و با دستور ترک منزل یا تهدید به ایراد ضرب از خانه بیرون رود، صاحب‌خانه حق ندارد او را بزند و اگر خارج نشد، محق است که او را

---

۱. *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۴۸۲؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۷.
۲. *الام*، ج ۶، ص ۲۷؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۷. ۳. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۵۳.
۴. همان مرجع و *الام*، ج ۶، ص ۲۸. ۵. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۲۶.
۶. همان مرجع و *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۷.

بزند؛ منتهی به آسان‌ترین نحو که موجب خروج او از خانه شود، زیرا مقصود دفع مهاجم است که اگر به کمترین دفاع این مقصود به دست آید، استفاده‌ی بیش از آن صحیح نخواهد بود، مثلاً اگر معلوم باشد که چون با عصا و چوب‌دستی کتک بخورد از خانه بیرون می‌رود نباید او را با وسیله‌ی آهنی کتک زد زیرا آهن برخلاف عصای دستی، آلت قتاله است. اگر پا به فرار بگذارد، صاحب‌خانه حق ندارد او را بکشد یا تعقیب کند و اگر با اولین ضربه از ادامه‌ی تجاوز بازماند، حق ندارد مجدداً ضربه‌ی دوم را وارد سازد، زیرا ضربت اوّل در دفع شر او کفایت کرده است. اگر مهاجم را بزند و دستش را قطع کند و مهاجم برگردد و فرار کند و باز صاحب‌خانه او را تعقیب و پایش را نیز قطع کند، در مورد قطع پا به قصاص یا دیه ضامن خواهد بود زیرا مهاجم در حالتی بوده است که مصول‌علیه حق نداشته او را بزند.[1] اگر جز با قتل، دفع خطر نشود یا بترسد که مهاجم به قتل وی مبادرت ورزد، می‌تواند با وسیله‌ی کشنده او را بزند یا یکی از اعضای بدن مهاجم را قطع کند. آنچه از مهاجم تلف شود، هدر است زیرا برای دفع شر او تلف شده است.[2]

کسی که به خاطر جان و مال یا خانواده‌اش مورد تجاوز شخصی قرار گرفته است باید به آسان‌ترین وسیله از خود دفاع کند، اگر دفع تهاجم با داد و فریاد و کمک‌خواستن مقدور باشد، استفاده از دست جایز نیست. و اگر در جایی است که داد و فریاد و استمداد او را کسی نمی‌شنود، باید از دستانش بهره جوید و اگر با استفاده از دست، دفع خطر ممکن نباشد از عصای دستی استفاده کند اگر عصا کارایی نداشته باشد، لازم است از اسلحه سود جوید، اگر جز با قطع عضو، دفع تجاوز مقدور نباشد باید همان را انجام دهد، و اگر قتل آخرین راه باشد، می‌تواند مهاجم را بکشد. چنانچه مدافع قادر به دفع تهاجم با عصا باشد ولی موجب قطع عضو مهاجم شود یا در صورت امکان دفع با قطع عضو، او را به قتل برساند، ضامن است؛[3] یعنی مجازات می‌شود زیرا عمل وی جنایت است، و مانند جنایتی است که در غیر حالت دفاع به وجود آید. اگر مهاجم قصد جان مدافع را کند، سپس منصرف گردد، نباید متعرض او شد، زیرا از آزار دست برداشته است[4] اگر مهاجم را با یک ضربت از ادامه‌ی تهاجم باز دارد، مجاز نیست تا ضربت دوم را وارد کند.

کسی که دست دیگری را به دندان گرفته است و رهانیدن دست جز با شکستن استخوان آرواره‌هایش مقدور نباشد همان را انجام می‌دهد، اگر استخلاص دست بیش از این را می‌طلبد به انجامش مجاز است و در مقابل این امور، مسئولیت ندارد.

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۵۱ و ۳۵۲. ۲. *همان‌جا*.

۳. فقها غالباً از مجازات "به ضمان" تعبیر می‌کنند و ضمان گاهی بدنی است و گاهی مالی.

۴. *المهذب*، ج ۲، ص ۲۴۱.

اگر کسی در صدد تجاوز به زنی باشد و مجنی‌علیها در مقابل دفاع از خود، وی را به قتل رساند، مسئولیت ندارد. عمر در این باب چنین قضاوت کرده است، مردی که به قبیله‌ی هذیل نسبت داده می‌شد، می‌خواست به زنی تجاوز کند و مجنی‌علیها با پرتاب سنگ او را به قتل رسانید. عمر گفت: به خدا قسم هرگز مقتول بر خون‌بها استحقاق ندارد.

چنانچه حیوان، انسانی را مورد حمله قرار بدهد به اندازه‌ای که خطر حمله را منتفی سازد دفاع می‌کند، اگر جز قتل آن راه دیگری برای دفاع باقی نماند می‌کشد و اگر چنین کند نه مسئولیت مدنی دارد و نه مسئولیت کیفری البته جز به موجب مذهب ابوحنیفه که برای قاتل مسئولیت مدنی قایل است زیرا دفاع بر مبنای حالت اضطرار است و این حالت، صرفاً مسئولیت کیفری را از میان می‌برد نه مسئولیت مدنی را.

اگر شخصی از شکاف یا لای در و امثال آن به خانه‌ی کسی نگاه کند، صاحب‌خانه حق دارد او را از این عمل بازدارد و اگر دست برنداشت، می‌تواند به ساده‌ترین راه از او ممانعت کند، اگر تنها راه نیل به مقصود، کورکردن او باشد، او را کور می‌کند و از مسئولیت نیز مبرا است. در مذهب شافعی و احمد این رأی اجماعی است.[1] مستند آنان روایت منقول از حضرت رسول اکرم (ص) است که می‌فرماید: «لو ان امرا اطلع علیک بغیر اذن فحذفته بحصاة ففقات عینه لم یکن علیک جناح» هم‌چنین روایتی است که سهل‌بن‌سعد از پیامبر (ص) نقل می‌کند که مردی از بالای سنگی که در مقابل خانه‌ی پیامبر (ص) بود درون خانه را می‌نگریست و حضرت رسول مشغول شانه‌کردن سرش بود. حضرت فرمود «اگر می‌دانستم که نگاه می‌کنی شانه را به درون چشم تو فرو می‌بردم کسب اجازه برای چشم مقرر شده است». علاوه بر مضمون دو روایت یاد شده، این رأی با قواعد دفاع مشروع هم سازگار است، اقلیت مذاهب مالک و ابوحنیفه نیز طرف‌داران این رأی هستند. اما اکثریت این مذاهب برآنند که، مدافع حق ندارد صرفاً به سبب نگاه‌کردن از خارج خانه، چشم وی را کور کند. زیرا اگر انسان بدون اجازه به آلت تناسلی دیگری نگاه کند، کورکردن چشمش مجاز نیست، به طریق اولی، اگر از خانه به خانه‌ی کسی نگاه کند، کورکردن چشمانش مجاز نخواهد بود. به عقیده‌ی حنفیه، حدیث منقول از پیامبر به منظور مبالغه در مجازات نگاه‌کردن است.[2] مالکیه بر آن است که سنگ‌انداختن برای تنبیه یا دفع، مأذون است نه به این سبب که او را بیازارد و یا چشمش را کور کند که اگر مقصودش کورکردن باشد، قصاص می‌شود ولی اگر قصدش این باشد که نگاه‌کننده را مطلع سازد و تصادفاً به چشم وی اصابت کند، جنایت خطایی محسوب می‌شود و به این اعتبار نیز مسئولیت خواهد داشت.[3]

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۵۵؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۴۲. ۲. *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۴۸۵.
۳. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۲ و ۳۲۳.

به نظر علاءالدین کاشانی، اصل این است که صرفِ قصدِ قتلِ کسی، موجب مباح شمردن خون قاصد نمی‌شود، و شخص مورد تجاوز یا مصول‌علیه پس از بررسی و ملاحظه‌ی اوضاع و احوال اگر ببیند که دفاع از حمله‌ی مهاجم بدون کشتن وی مقدور است، حق ندارد او را بکشد، و اگر جز قتل راه دیگری در میان نباشد، کشتن مهاجم جایز است، زیرا یگانه وسیله‌ی دفاع به حساب می‌آید. اگر مهاجم به طرف مجنی‌علیه شمشیر بکشد، می‌تواند او را به قتل رساند زیرا دفاع جز به قتل مقدور نیست، آیا جز این است که اگر از مردم استمداد بخواهد، پیش از استماع فریادش کشته خواهد شد زیرا شمشیر درنگ نمی‌کند، بنابر این، چون قتل مهاجم از ضرورت‌های دفاع به شمار می‌آید، کشتن او جایز است، و اگر او را بکشد، شخصی را کشته است که ریختن خونش مباح است و مسئولیت ندارد.[1]

وقتی حالت مهاجم نشان بدهد که قصد تجاوز دارد، شخص مورد تجاوز نباید منتظر بماند تا تجاوز رخ بدهد. اگر دفع حمله‌ی مهاجم با عصا مقدور باشد و مدافع جز شمشیر یا چاقو وسیله‌ی دیگری نیابد، مانعی ندارد که با یکی از آن دو از خود دفاع کند، زیرا جز با استفاده از آنها امر دفاع مقدور نیست و نمی‌توان او را مقصر شناخت که چرا عصا را همراه نداشته است.[2]

مصول‌علیه حق ندارد ابتدا به ساکن مهاجم را بکشد یا مجروح سازد مگر آن که معلوم شود جز به آنها دفاع مقدور نیست و قتل و جرح با نوع حمله متناسب است.[3] معیار صحیح در تشخیص متناسب بودن دفاع با حمله، ظن و گمان مدافع است که به عوامل معقولی مبتنی باشد. با این معیار، متناسب بودن دفاع با حمله تعیین می‌گردد نه با ضرر حقیقی که رخ داده است؛ یا مهاجم قصد داشت آن را وارد سازد. بنابر این، شخص مورد تجاوز، حمله‌ی مهاجم را با وسیله‌ای که به ظن غالب خود او را باز می‌دارد دفع می‌کند، به شرط آن که این ظن بر اسباب معقولی استوار شده باشد.

باید در نظر داشت که چه بسا رعایت این قاعده به هنگام حمله مقدور نباشد به ویژه آن که مهاجمان چند نفر باشند، زیرا دفع یکی از آنها با وسیله‌ی دفاعی ساده ممکن است مهاجم دیگر را از حمله باز ندارد و در نتیجه، شخص مورد تجاوز به هلاکت رسد[4] از این رو در تعیین متناسب بودن دفاع با حمله باید اوضاع و احوال حاکم بر قضیه را مد نظر قرار داد، به عبارت دیگر باید با هر قضیه موردی برخورد شود.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۹۳.
۲. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۷.
۳. *شرح‌الزرقانی و حاشیة‌البنائی*، ج ۸، ص ۱۱۸.
۴. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۲۶.

۳۳۶. تجاوز از حدی که برای دفاع لازم است: چنانچه مدافع نیروی خود را بیش از آنچه برای دفاع لازم بود، مورد استفاده قرار دهد در مازاد بر مورد نیاز مسئول خواهد بود. اگر مهاجم با تهدید از تهاجم باز می‌ماند، با این همه، مدافع او را بزند، مسئول است. اگر با یک سیلی یا مشت دست از حمله بر می‌کشید، لیکن مدافع او را مجروح کند در مقابل جرح مسئول است و اگر با ایراد جرح، خطر حمله دفع می‌شد، بکشد در مقابل قتل مسئولیت دارد و اگر پس از مجروح شدن، مهاجم فرار کند، و مدافع او را تعقیب کند و برای بار دوم مجروح سازد در مقابل جراحت دوم مسئول است، اگر مهاجم مقاومت خود را از دست بدهد و مصول‌علیه پس از آن دست یا پای وی را قطع کند یا به قتل برساند در مقابل آنها مؤاخذه می‌شود، هم‌چنین مدافع در مقابل هر عملی که برای دفاع لازم نبوده است مسئول خواهد بود.

میان تجاوز و دفاع رابطه‌ی محکمی برقرار است، زیرا دفاع از تجاوز ناشی می‌گردد در صورتی‌که تجاوز شروع شود، دفاع آغاز می‌گردد و چون پایان یابد، دفاع به اتمام می‌رسد. از این‌جهت است که پس از اتمام تجاوز، مصول‌علیه مدافع تلقی نمی‌گردد و در مقابل هر عملی که پس از اتمام تجاوز انجام داده است مسئول خواهد بود. اما اگر مهاجم فرار کند و مال متعلق به شخص مورد تجاوز را با خود ببرد، تجاوز پایان یافته نیست و مدافع حق دارد وی را تعقیب کند تا مال خود را بازستاند و نیرویی را که برای استرداد آن لازم است مورد استفاده قرار دهد، و چنانچه استرداد مال ربوده شده جز با قتل مهاجم مقدور نباشد می‌تواند او را بکشد.[1]

اصل این است که اقدامات مدافع در امر دفاع مباح است و مجازات ندارد، اما اگر از مهاجم تعدی کرده به شخص دیگری اصابت کند چنانچه انتساب خطا و بی‌احتیاطی نسبت به مدافع مقدور باشد در آن قسمت که به شخص دیگر برخورده است، مجاز و مشروع محسوب نمی‌شود. کسی که می‌خواهد مهاجم را بزند، در اثر خطا شخص دیگری را مجروح یا مقتول می‌سازد بازاء قتل و جرح خطایی، مسئول است؛ هرچند نسبت به خود مهاجم، مجاز و مشروع بوده است. درست مانند حالتی که شخصی به هنگام شکار اشتباه کند و انسانی را مجروح سازد. شکارکردن به خودی خود مباح است لیکن شکارچی در مقابل جراحت وارده بر شخص مورد نظر، مسئولیت خطایی دارد.

نصب طناب و سیم خاردار و دام‌گستری در پشت درها و روی دیوارها یا در مداخل ورودی خانه به قصد قتل یا جرح متجاوزان به عقیده‌ی ابوحنیفه و شافعی و احمد[2] جایز

---

۱. *حاشیة* ابن‌عابدین، ج ۵، ص ۲۷۴.

۲. همان، ج ۵، ص ۵۲۴؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۵؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۵۷۱.

است و صاحب محل مسئولیت ندارد، زیرا عمل وی مانند دفاع است و کسی که بدون حق به مسکن دیگری داخل می‌شود بر نفس خود ستم روا می‌دارد. به نظر مالک[1] اگر صاحب مسکن با قصد قتل و جرح آن موانع را تعبیه کند مسئول است، و اگر به منظور رفع احتیاج دست به تعبیه‌ی آنها بزند، مسئولیت ندارد. رأی مالک در رعایت قواعد دفاع مشروع دقیق‌تر است زیرا دفاع باید به آسان‌ترین و سهل‌ترین وسیله صورت پذیرد و گاهی متجاوز با همان وسیله از تجاوز دست برمی‌دارد. حقوق‌دانان عرفی به این مسئله متعرض شده‌اند، برخی آن را دفاع می‌دانند و گروهی دیگر دفاع نمی‌شمارند، چنین قضیه‌ای در دادگاه‌های فرانسه مطرح شد و دادگاه، صاحب مسکن را به این اعتبار که عمل وی یکی از طرق دفاع مشروع است از اتهام مبرا دانست.[2]

۳۳۷. آیا متجاوز حق دفاع دارد؟ چنانچه شخص مورد تجاوز از حدود دفاع مشروع خارج شود، مهاجم در حالت دفاع مشروع قرار می‌گیرد، زیرا اقدام مصول‌علیه تجاوز است و دفاع از تجاوز ناشی می‌گردد. اما اگر متعدی‌علیه از محدوده‌ی دفاع مشروع خارج نشود، مهاجم کماکان متجاوز باقی می‌ماند و حق ندارد بگوید که از جان خود دفاع کرده است. اگر مصول‌علیه حدّ دفاع را زیرپا گذارد، متجاوز حق دارد به سهل‌ترین و آسان‌ترین طریق از این تجاوز دفاع کند.

۳۳۸. ماهیت حقوقی دفاع: فقها متفق‌القول‌اند که اعمال ارتکابی در مقام دفاع مباح هستند و مدافع، مسئولیت کیفری ندارد چون عملش جرم نیست، مسئولیت مدنی هم ندارد، زیرا عمل مباحی را انجام داده است که یا ادای تکلیف است و یا استعمال حق، و بر ادای واجب و استعمال حق هیچ مسئولیتی متوجه نیست. اما اگر مدافع از حدود دفاع خارج شود، عملش جرم است و از حیث جزائی و مدنی مسئولیت دارد.

قبلاً توضیح داده شد که به نظر ابوحنیفه، کشتن و مجروح‌کردن مهاجم مجنون یا کودک و نیز قتل و جرح حیوان، مسئولیت مدنی دارد، و نیز روشن شد که ابویوسف در این مسئله مخالف ابوحنیفه، و فقط در مورد قتل و جرح حیوان به مسئولیت مدنی قایل است، و اشاره شد که این دو رأی با رأی سایر فقها سازگار نیست.

---

۱. *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۹۶، *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۱.
۲. احمد بک صفوت، *القسم‌العام*، ص ۲۲۴.

۳۳۹. بررسی تطبیقی دفاع مشروع: دفاع مشروع به مفهوم خاص آن از دیدگاه شریعت اسلامی بررسی شد، احکام قوانین عرفی و آراء حقوق‌دانان تقریباً هیچ اختلافی با حقوق اسلامی ندارد. مبنای دفاع مشروع در حقوق اسلامی و مقایسه‌ی آن با مبانی این قاعده در قوانین عرفی ملاحظه شد. شرایط دفاع مشروع در حقوق اسلامی عیناً همان شرایطی است که در قوانین موضوعه‌ی جدید به ویژه در حقوق مصر و فرانسه برای تحقق دفاع شروع احصا شده است. نظر حقوق‌دانان در فرار شخص مورد تجاوز از آراء فقها متمایز نیست، به عقیده‌ی برخی، مدافع باید فرار کند و برخی دیگر این عقیده را ندارند، برخی از آنها میان فراری که مایه‌ی ننگ می‌شود، و فراری که این ویژگی را ندارد، تفاوت می‌گذارند. فقط در مورد نخست آن را واجب می‌شمارند نتیجه و تأثیر دفاع مشروع در حقوق اسلامی عیناً همان است که قوانین عرفی پذیرفته‌اند؛ یعنی این قوانین نیز آن را جرم نمی‌دانند و مدافع را از مسئولیت مدنی و کیفری مبرا می‌شمارند، مگر آن که از حدود دفاع خارج شود.

بند دوم: دفاع مشروع به مفهوم عام یا امر به معروف و نهی از منکر

۳۴۰. منشأ و مستند وجوب امر به معروف و نهی از منکر: وجوب امر به معروف و نهی از منکر از آیات قرآنی ذیل به دست می‌آید: «ولتکن منکم امة یدعون الی‌الخیر و یأمرون بالمعروف و ینهون عن‌المنکر و اولئک هم‌المفلحون» (آل عمران، ۱۰۴) و «همه‌ی اهل کتاب یکسان نیستند طایفه‌ای از آنها در دل شب به تلاوت آیات خدا و نماز و طاعت حق مشغولند، به خدا و روز قیامت ایمان می‌آورند و امر به نیکویی و نهی از بدکاری می‌کنند و در نیکوکاری می‌شتابند و آنها خود مردمی نیکوکارند» (آل عمران، ۱۱۳ و ۱۱۴) و «مردان و زنان مؤمن همه یارو دوست‌دار یکدیگرند، خلق را به کار نیکو وادار کرده و از کار زشت منع می‌کنند و نماز به پا می‌دارند...» (توبه، ۷۱) و «کافران بنی‌اسرائیل از آن جهت به زبان داود و عیسی‌بن‌مریم لعنت کرده شدند که نافرمانی کرده و از حکم حق سرکشی کردند، آنها هیچ‌گاه از کار زشت خود دست برنداشتند و چقدر آنچه می‌کنند زشت و ناشایسته است» (مائده، ۷۸ و ۷۹) و «کنتم خیر امة اخرجت للناس تامرون بالمعروف و تنهون عن‌المنکر» (آل عمران، ۱۱۰) و «آنان که خدا را یاری می‌کنند اگر در روی زمین آنان را تمکین و اقتدار دهیم، نماز به پا می‌دارند زکات می‌دهند و امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند» (حج، ۴۱) و «تعاونوا علی البر والتقوا و لاتعاونوا علی‌الاثم والعدوان» (مائده، ۲) و «هیچ فایده و چیزی در سخنان سری آنها نیست مگر آنان که کسی در صدقه‌دادن و نیکویی‌کردن و اصلاح میان مردم سخن سری گوید و هر که در طلب رضای خدا چنین کند به زودی خدا او را اجر بزرگ

کرامت فرماید» (نساء، ۱۱۴) و «اگر دو طایفه از اهل ایمان به قتال و دشمنی برخیزند شما مؤمنان در میان آنها صلح برقرار کنید و اگر یک قوم بر دیگری ظلم کرد با آن طایفه‌ی ظالم قتال کنید تا به فرمان خدا باز آید پس هرگاه به حکم حق برگشت با حفظ عدالت میان آنها صلح دهید) (حجرات، ۹).

تأکید بر این مفاهیم در احادیثی که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است نیز دیده می‌شود. از ابوبکر روایت شده است که به هنگام ایراد خطبه‌ای گفت: ای مردم شما این آیه را می‌خوانید و آن را برخلاف مقصود آیه تأویل می‌کنید «ای اهل ایمان، ایمان خود را محکم نگه دارید زیانی از کفر دیگران به شما نخواهد رسید. اگر به راه هدایت باشید» (مائده، ۱۰۵) من از رسول خدا شنیدم که می‌فرمود «اگر گروهی به گناه دست یازند و در میان آنها کسانی باشند که می‌توانند از کارهای زشت بازدارند و چنین نکنند نزدیک است که عذاب خداوند آنها را احاطه کند».

ابی‌ثعلبه روایت می‌کند که از رسول خدا تفسیر آیه‌ی «لایضرکم من ضل اذا اهتدیتم» را پرسیدم فرمود «ای ابوثعلبه امر به معروف و نهی از منکر کن، هرگاه دیدی که در جامعه بخل و تنگ‌نظری و هوی‌وهوس الگو قرار گرفته است و اطاعت می‌شوند، و فرومایگی فعال است و هرکسی به رأی خود مغرور از ایمانت پاس‌دار و عوام را به حال خود رها کن».

ایشان که درود خدا بر او باد می‌فرماید: «یا به نیکی امر می‌کنید و از کار زشت نهی و یا این که خداوند اشرار شما را بر شما مسلط گرداند، در این صورت نیکوکاران از جامعه پاسخ مثبت نمی‌شنوند». ایشان در حدیث دیگری می‌فرمایند: «همه‌ی کارهای نیکو در نزد جهاد فی سبیل‌الله مانند قطره‌ای[1] در کنار دریای مواج است. و کارهای نیک کلاً و جهاد فی سبیل‌الله در مقایسه با منزلت امر به معروف و نهی از منکر در حکم همان قطره نسبت به دریای خروشان است».

و فرمود: «در معابر ننشینید». گفتند چاره نیست در معابر می‌نشینیم و با یکدیگر سخن می‌گوییم. فرمود «اگر چاره‌ای جز آن ندارید به وظیفه‌تان عمل کنید» ـ حق در راه نشستن را به جای آورید ـ گفتند: آن چیست؟ فرمود: «دیده فروبستن، دست از آزار کسی برداشتن، جواب سلام دادن و امر به معروف و نهی از منکر کردن است».

ابوعبیده‌ی جراح می‌گوید از رسول اکرم (ص) سؤال کردم کدام یک از شهدا نزد خداوند گرامی‌ترند؟ فرمود: «مردی که علیه حاکم ستمگر قیام و امر به معروف و نهی از منکر کند و

---

۱. «ما اعمال‌البر عندالجهاد فی‌سبیل‌الله الّا کنفثة فی بحرلجّی» نفثة به معنای تف دهان است که به قطره ترجمه شده است.ـ م.

در این راه کشته شود، اگر زنده بماند بعد از این، هرچند وقت که زنده باشد به زیان وی هیچ کاری ثبت نخواهد شد».

حسن بصری می‌گوید، پیامبر (ص) فرمود «برترین شهید امت من کسی است که بر حاکم ستمگر بشورد امر به معروف و نهی از منکر کند و در این راه کشته شود، این شهید در بهشت و در کنار حمزه و جعفر اسکان می‌یابد».

عمربن‌خطاب نقل می‌کند که از پیامبر اکرم (ص) شنیدم که می‌فرمود «بدترین طایفه، طایفه‌ای است که به عدل و قسط فرمان ندهند و امر به معروف و نهی از منکر نکنند».

ابوسعید خذری روایت می‌کند که پیامبر (ص) فرمود «هر یک از شما که شاهد وقوع کار زشت باشد، اگر بتواند باید عملاً جلوی ارتکاب آن را بگیرد، اگر مقدور نباشد با زبان، نهی از منکر کند، اگر با گفتار هم مقدور نشود باید قلباً ناراحت شود و البته چنین شخصی ضعیف‌ترین درجه‌ی ایمان را داراست».

۳۴۱. ماهیت امر به معروف و نهی از منکر: هر گفتار و کرداری که براساس احکام شریعت و اصول کلی و روح آنها، گفتن و یا انجام‌دادنش شایسته باشد "معروف" نام دارد، مانند تخلق به اخلاق بهتر، عفو به هنگام قدرت، و اصلاح ذات‌البین و ترجیح آخرت به دنیا و نیکی بر فقرا و درماندگان و احداث انجمن‌های خیریه‌ی تیمارستان و بیمارستان، یاری به مظلوم، رعایت بی‌طرفی در قضاوت، و دعوت به شورا و پذیرفتن رأی مردم و عمل بر طبق آن و مصرف بیت‌المال در جای خود و از این قبیل.

هر معصیتی که در شریعت اسلامی حرام دانسته شده، خواه از طرف مکلف صورت بگیرد و خواه کسی که هنوز به سن تکلیف نرسیده آن را انجام دهد، "منکر" نام دارد، مثلاً کسی که ببیند کودک یا دیوانه‌ای مشروب می‌خورد باید او را از این کار باز دارد و مشروب او را بر زمین بریزد، و اگر کسی ببیند که دیوانه‌ای با زن دیوانه زنا می‌کند و یا درصدد مقاربت با حیوانی است باید او را از این کار بازدارد. جلوگیری از ارتکاب معصیت، خواه علنی باشد یا به صورت مخفیانه صورت بگیرد، واجب است.

برخی از فقها از منکر این تعریف را ارائه داده‌اند «بانه کل محذورالوقوع فی‌الشرع»[۱] این فقها تعبیر "محذورالوقوع" را بر تعبیر "معصیت" ترجیح داده‌اند، زیرا به عقیده‌ی آنان منکر، اعم از معصیت است و عملی که کودک و مجنون انجام می‌دهد در نظر آنها جرم نیست؛ چه،

---

۱. یعنی هر آنچه وقوع آن شرعاً ممنوع است. *احیاء علوم‌الدین*، المجلد الثانی، جزء ۷، ص ۳۵.

آن که فعل، زمانی معصیت تلقی می‌گردد که بتوان فاعل آن را عاصی و بزه‌کار دانست و وقوع معصیت بدون آن که فاعل آن عاصی باشد، محال است.

امر به معروف گاهی صرفاً قولی است مانند دعوت به دست‌گیری از بیچارگان و پیوستن به جرگه‌ی مجاهدان، و گاهی عملی است مانند دست‌گیری با پرداخت مال یا پیوستن به مجاهدان. گاهی قول و عمل با یکدیگر توأم می‌شود، مانند دعوت به جهاد و پیوستن به جرگه‌ی مجاهدان یا مثل دعوت به پرداخت زکات و پرداخت عملی آن.

نهی از منکر نیز گاه فقط قولی است، مانند نهی از شرب خمر و گاه عملی است مانند به زمین‌ریختن مشروب یا جلوگیری عملی از کسی که می‌خواهد شراب بنوشد. در صورت نخست آن را نهی از منکر و در صورت دوم آن را "تغییر منکر" می‌گویند. بنابر این، امر به معروف عبارت است از ترغیب دیگران به چیزی که مطابق شریعت، انجام‌دادن و یا گفتنش شایسته است و نهی از منکر عبارت است از ترغیب دیگران به دست برداشتن از چیزی که مطابق حکم شریعت انجام ندادن آن شایسته است.[۱]

۳۴۲. تکلیف شرعی به امر به معروف و نهی از منکر: فقها متفقاً می‌گویند، امر به معروف و نهی از منکر، "حق" تلقی نمی‌گردد که افراد بشر در صورت تمایل آن را انجام دهند؛ یا اگر مایل نباشند انجام ندهند، و هم‌چنین، مستحب هم نیست که انجام‌دادنش بهتر باشد، بلکه تکلیف است، حق ندارند آن را انجام ندهند، و از مسئولیت‌های آن شانه خالی کنند. اسلام امر به معروف و نهی از منکر را از آن جهت واجب دانسته است که مردم به خیر و نیکی، قیام کنند و به سوی برتری و فضایل گام بسپارند و جرایم و نافرمانی‌ها کم شود. چون حکومت و گروه‌های اجتماعی و افراد باید به امر به معروف و نهی از منکر دست یازند، این امر سبب می‌شود که نیکی و معروف در جامعه مستقر شود و جایگاه خود را بازیابد و منکر و فساد با هم‌یاری صغیر و کبیر و حاکم و محکوم از جامعه رخت بربندد.

هرچند فقها در وجوب امر به معروف و نهی از منکر متفق‌القول‌اند، از دو جهت در مورد آن اختلاف دارند: اوّل در صفت و ماهیت این وجوب؛ دوم، این که چنین وجوبی بر عهده‌ی کیست.

جهت اول: فقها در مورد صفت وجوب امر به معروف و نهی از منکر بر دو دسته‌اند: برخی از آنها واجب عینی می‌شمارند؛ یعنی امر به معروف و نهی از منکر وجوب حتمی

۱. فخر رازی، *احیاء علوم‌الدین*، ج ۳، ص ۲۰.

دارد و هر مسلمانی به قدر توانایی خود ـ هرچند تواناتر، مستعدتر و فارغ‌البال‌تر از او نیز کسانی باشند ـ مکلف به انجام دادن آن است. این فقها وجوب امر به معروف را به فریضه‌ی حج تشبیه می‌کنند، حج واجب عینی بر کسی است که استطاعت دارد. البته به عقیده‌ی آنها این فریضه از فریضه‌ی حج مؤکد است و در آن استطاعت مالی شرط نیست زیرا در استطاعت هر کسی است که امر به معروف و نهی از منکر کند. در امور روشن و آشکار مانند نماز و روزه شخص بی‌سواد، می‌تواند امر به معروف و از اموری مانند سرقت و زنا نهی کند و عالم و آشنا به مسائل هم در امور ظاهری و هم در اموری که دانستن حکم آن بر همگان مبرهن نیست و می‌تواند به معروف امر و از منکر نهی کند. طرف‌داران وجوب عینی امر به معروف و نهی از منکر می‌گویند این گرایش جامعه را از فساد و تباهی نگه می‌دارد و آن را در حرز و حصار امنیت قرار می‌دهد.[1]

گروه دیگری از فقها که اکثریت را تشکیل می‌دهند امر به معروف و نهی از منکر را مانند جهاد واجب کفایی می‌دانند. امر به معروف بر هر کسی واجب است لیکن اگر یک یا چند نفر آن را انجام دهند از عهده‌ی بقیه ساقط می‌شود.[2] اینان در تأیید نظر خود به این آیه استناد می‌کنند که خداوند می‌فرماید «و لتکن منکم امة یدعون الی‌الخیر و یأمرون بالمعروف و ینهون عن‌المنکر و اولئک هم‌المفلحون» به عقیده‌ی آنان، حرف "من" در "منکم" برای تبعیض[3] است؛ یعنی باید بعضی از شما به خیر و معروف دعوت کنند و از کار زشت بازدارند. و همین که خداوند می‌فرماید «و لتکن منکم امة» و نمی‌گوید «کونوا کلکم آمرین بالمعروف» مؤید این امر است. پس اگر یک یا چند نفر به این امر قیام کردند تکلیف از دیگران ساقط می‌شود. پس امر به معروف و نهی از منکر واجب است چون خداوند می‌فرماید: "و لتکن ـ باید باشد" و واجب کفایی است چون بر بعضی از امت واجب است و نه بر همه‌ی امت.[4]

جهت دوم: امر به معروف بر چه کسی واجب است: جمهور فقها را عقیده بر آن است که امر به معروف و نهی از منکر بر یکایک افراد امّت واجب است زیرا خداوند می‌فرماید: «کنتم خیر امة اخرجت للناس تامرون بالمعروف و تنهون عن‌المنکر». به نظر برخی از فقها

---

۱. *تفسیر المنار*، ج ۴، ص ۳۴ و ۳۵؛ *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۲، ص ۲۹.

۲. *فخررازی*، ج ۳، ص ۱۹؛ *الکشاف* زمخشری، ج ۱، ص ۳۱۹؛ *احکام‌القرآن* ابن عربی، ج ۱، ص ۱۲۸؛ *احکام‌القرآن* قرطبی، ج ۴، ص ۱۶۵؛ *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۲، ص ۲۶؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۷۹؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۴۸.

۳. به عقیده‌ی گروه اول، حرف "من" برای بیان است نه تبعیض.

۴. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۵.

امر به معروف و نهی از منکر به عهده‌ی کسانی است که بدان قادر باشند که عبارت‌اند از علمای امت؛ و چنین استدلال می‌کنند که چه بسا فرد نادان از معروف نهی و به منکر امر دهد، در جایی که باید شدت عمل به خرج دهد به ملاطفت و نرمی رفتار و آنجا که باید با نرمی و عطوفت برخورد نماید، شدت عمل به کاربرد و با کسی ترش‌رویی کند که اصرار و سرکشی وی را افزون سازد. دیگر این که شخص جاهل ممکن است حکم موضوع را در یک مذهب بداند و نظر مذهب دیگر را درباره‌ی آن نداند. طرف‌داران این رأی وجوب امر به معروف و نهی از منکر را کفایی می‌دانند که چنانچه برخی به آن قیام کنند، تکلیف دیگران ساقط است. کفایی دانستن وجوب امر به معروف و نهی از منکر با تخصیص این وجوب بر عهده‌ی آگاهان و علمای امت کاملاً سازگار است.[1]

ایرادی که بر نظریه‌ی این دسته از فقها می‌توان گرفت این است که امر واجب با تحمیل آن بر بعضی امت از عهده‌ی بعضی دیگر ساقط نمی‌شود، بلکه در صورت انجام‌دادن واجب توسط برخی، بر عهده‌ی دیگران باقی می‌ماند، پس چنانچه علما به امر به معروف و نهی از منکر اقدام نکردند، کماکان بر دیگران فرض و واجب می‌ماند، از آن گذشته، طبع واجب کفایی اقتضا می‌کند که بر همگان واجب، و هر کسی در مقابل آن مسئول باشد تا این که با انجام‌دادن آن به دست عده‌ای از عهده‌ی بقیه هم ساقط شود. هم‌چنین اگر وجوب امر به معروف و نهی از منکر بر عهده‌ی جاهل هم گذاشته شود به زیانی که این فقها گفته‌اند منتهی نمی‌گردد زیرا به طور طبیعی شخص جاهل در اموری که روشن و آشکار است امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند، مانند اقامه‌ی نماز و نهی از سرقت و زنا.

۳۴۳. شرایط کسی که امر به معروف و نهی از منکر می‌کند: ملاحظه شد که به نظر اکثریت فقها، امر به معروف و نهی از منکر بر تمام افراد امت ــ نه گروه معینی از آنان ــ واجب است با این حال شرایط خاصی را در کسی که امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند لازم می‌شمارند. این شرایط که از طبیعت امر واجب و از اصول کلی شریعت نشئت می‌گیرند، برخی اتفاقی و برخی میان فقها مورد اختلاف است و در مجموع از پنج شرط افزون‌تر نیست.

شرط اول تکلیف است: کسی که امر به معروف و نهی از منکر می‌کند باید مکلف یعنی از عقل و اختیار بهره‌مند باشد. این شرط زمانی لازم می‌آید که وجوب امر و نهی مد نظر قرار بگیرد زیرا ترک واجب مستلزم مسئولیت فاعل است و براساس قواعد کلی شرعی

---

۱. *فخررازی*، ج ۳، ص ۲۰؛ *الکشاف* زمخشری، ج ۱، ص ۳۱۸؛ *مجموعة الرسائل* ابن تیمیه، الحسبه، ص ۳۷ و ۶۶.

غیرمکلف مسئولیت ندارد، بنابر این، امر به معروف و نهی از منکر به عنوان یک امر واجب فقط به عهده‌ی مکلف خواهد بود.

وجوب امر به معروف و نهی از منکر نسبت به مکلف، مانع از آن نخواهد بود که غیر مکلف به عنوان وسیله‌ای برای تقرب به خداوند امر به معروف و نهی از منکر کند[1] زیرا انسان غیرمکلف شایستگی و صلاحیت انجام‌دادن این امور را دارد؛ هرچند برایش واجب نباشد و نباید از انجام‌دادن آنها منع شود، بلی، اگر شخصاً مایل باشد می‌تواند انجام ندهد، مانند نماز و روزه‌ای که کودک به پا می‌دارد، نماز و روزه بر کودک واجب نیست، لیکن اگر به انجام‌دادن آنها مبادرت ورزد قربة الی‌الله خواهد بود و هیچ‌کس نباید او را از خواندن نماز و گرفتن روزه باز دارد، به این ترتیب هرچند امر به معروف و نهی از منکر بر غیرمکلف واجب نیست، امر و نهی حق او فرض می‌شود چنانچه مایل باشد انجام می‌دهد و اگر بخواهد انجام نمی‌دهد. پس کودکی که به مرحله‌ی بلوغ نزدیک است هرچند به نهی از منکر مکلف نیست، حق دارد شراب کسی را که می‌خواهد بنوشد بر زمین ریزد و اسباب قمار و لهو لعب را بشکند، و اگر چنین کند، پاداش نیک در انتظار او خواهد بود و کسی حق ندارد به این اعتبار که مکلف نیست او را از این کار بازدارد.

شرط دوم ایمان است: کسی که امر به معروف و نهی از منکر می‌کند باید به دین اسلام ایمان داشته باشد، فقط مسلمان عهده‌دار امر به معروف و نهی از منکر است و غیر مسلمانان بر این امر ملتزم و مکلف نیستند.[2]

با این شرط، آزادی کامل غیرمسلمان رعایت و از اجبار به تحمل چیزی که برخلاف عقیده‌اش می‌داند رها شده است. امر به هر چیزی که شریعت اسلام واجب دانسته است، از قبیل، نماز و روزه، حج و توحید و... در دایره‌ی امر به معروف قرار می‌گیرد و نهی از آنچه مخالف شریعت است، اعم از اعمال و عقاید مانند نهی از اعتقاد به تثلیث و عقیده به این که حضرت مسیح به دار آویخته و کشته شد و نهی از رهبانیت و شرب خمر و خوردن گوشت خوک و هر آنچه اسلام با ادیان دیگر در آن مخالف است، در دایره‌ی نهی از منکر قرار می‌گیرد. پس چنانچه غیرمسلمان به امر به معروف و نهی از منکر ملزم گردد به این معنا خواهد بود که آنچه را مسلمان می‌گوید و اعتقاد دارد، بگوید و معتقد باشد و اعتقاد دینی خود را رها و به مسلمانی تظاهر کند و این همان اکراه و اجبار در دین خواهد بود که به موجب آیه «لااکراه فی‌الدین» حرام است. پس به دلیل حمایت از آزادی عقیده است که امر به معروف و نهی از منکر بر مسلمانان اختصاص یافته است.

---

۱. *احیاء علوم‌الدینه*، المجلد الثانی، جزء ۷، ص ۱۴. ۲. *همان*، ص ۱۵.

شرط سوم قدرت است: کسی که امر به معروف و نهی از منکر می‌کند، باید به این امر توانا و قادر باشد. در صورت ناتوانی باید قلباً متأثر شود؛ یعنی گناه را زشت بشمارد و دوستی‌اش را با فاعل گناه قطع کند.

سقوط این وجوب تنها بر ناتوانی جسمی مترتب نیست بلکه اگر بترسد که بزه‌کار به وی آسیب رساند، یا نهی از منکر باعث شود که کار منکر زشت‌تر و بدتری به وجود آید نیز وجوب امر به معروف و نهی از منکر ساقط می‌شود، اگر کسی بداند که امر و نهی وی مفید نیست، و اگر لب به سخن بگشاید کتک خواهد خورد، امر و نهی واجب نیست، باید تنها قلباً از گناه متأثر گردیده و از مرتکب گناه متنفر باشد و در اماکنِ ارتکابِ معاصی و منکرات حاضر نشود. اگر کسی بداند که چون از منکر نهی کند تأثیر می‌گذارد و یا باعث می‌شود که منکر کوچک‌تر و کم‌اهمیت‌تری رخ دهد، برایش واجب است که اقدام کند و اگر بداند که در اثر نهی از منکر، منکر دیگری در درجه و سطح منکری که از آن نهی کرده رخ خواهد داد، مختار است که از آن نهی کند یا نهی نکند در این مورد برحسب استنباط شخصی عمل می‌کند، لیکن اگر بداند که نهی از منکر باعث ارتکاب منکر شدیدتری می‌گردد نه تنها وجوب نهی ساقط است بلکه نهی از منکر مزبور برایش حرام خواهد بود، مثلاً اگر ببیند که شخصی نوشیدنی هم‌راه دارد که نجس است و می‌خواهد آن را بنوشد و بداند که اگر آن را بریزد، شخص مزبور شرب خمر خواهد کرد، نباید نوشیدنی نجس را بر زمین ریزد. ابن‌تیمیه با یارانش از نزد طایفه‌ای از تاتار که شرب خمر می‌کردند می‌گذشتند. یاران ابن تیمیه از آنان به سبب شرب خمر انتقاد کردند، ابن‌تیمیه اظهارات یارانش را مردود خواند و چنین گفت: خداوند از آن جهت خمر را حرام ساخته است که انسان را از نماز و یاد خدا باز می‌دارد پس آنها را با خمرهایشان به حال خود بگذارید.[۱]

اگر کسی بداند که امر و نهی وی مفید نخواهد بود و از بزه‌کار هم نترسد، امر و نهی به سبب عدم فایده واجب نیست.[۲] با این‌حال به سبب تعظیم شعایر اسلام و یادآوری مسائل دینی، امر و نهی برایش مستحب است.[۳]

اگر کسی بتواند عمل منکر را از میان ببرد ولی بداند که از طرف بزه‌کار صدمه خواهد دید برایش واجب نیست ولی مستحب است که آن را انجام بدهد،[۴] مانند کسی که می‌تواند

---

۱. همان، ص ۲۶ به بعد؛ *اعلام‌الموقعین*، ج ۳، ص ۲۸؛ *مجموعة‌الرسائل، الحسیة*، ص ۶۷ و ۶۸.
۲. *احیاء علوم‌الدین*، المجلد ثانی، جزء هفتم، ص ۲۶.
۳. به عقیده‌ی برخی در این حالت وجوب ساقط نمی‌شود، مراجعه کنید به: *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۸۰.
۴. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۲۶.

"خمر" را بریزد یا ادوات لهو را بشکند ولی می‌داند که کتک خواهد خورد، اقدام به این امر برایش مستحب است چون زمینه‌ی تقرب به خداوند است.

ناتوانی علمی در حکم ناتوانی جسمی است. بر شخص بی‌سواد تنها در احکام روشن و معلوم مانند شرب خمر، زنا، سرقت، ترک نماز، امر به معروف و نهی از منکر واجب است و در امور نامعلوم واجب نیست زیرا از فهم حقایق و ریشه‌ی فقهی آنها عاجز است، اگر به وی اجازه داده شود که در این امور هم دخالت کند، زیانش بیشتر از نفع آن خواهد بود.[1]

لازم نیست که ناتوانی جسمی و دیگر ناتوانی‌های در حکم آن، دقیقاً مبرهن و معلوم باشد، بلکه ظن غالب بر وجود ناتوانی کفایت می‌کند که وجوب را ساقط بدانیم زیرا در این موارد ظن غالب در حکم علم است، هر کس ظن غالب داشته باشد که نهی وی فایده‌بخش نخواهد بود، یا از طرف بزه‌کار صدمه خواهد دید، اقدام به آن واجب نیست والا واجب است. ولی اگر تردید داشته باشد که مؤثر است یا خیر و هیچ کدام از طرفین بر دیگری ترجیح داده نشوند، وجوب امر به معروف و نهی از منکر ساقط نمی‌شود.[2]

شرط چهارم عدالت است: بعضی از فقها عدالت را شرط می‌دانند و معتقدند که آمر به معروف و ناهی از منکر نباید فاسق باشد زیرا خداوند می‌فرماید: «آیا خلق را به نیکی فرا می‌خوانید خود را فراموش می‌کنید» (بقره، ۴۴) و «ای اهل ایمان، چرا سخنی را می‌گویید که بدان عمل نمی‌کنید» «کبر مقتاً عندالله ان تقولوا مالا تفعلون» (صف، ۲ و ۳) به نظر آنان، هدایت دیگران فرع بر هدایت‌پذیری انسان است و دعوت به استقامت و راست‌کرداری فرع بر راست‌کرداری و استقامت داعی است و کسی که از اصلاح خویش ناتوان است در اصلاح دیگران ناتوان‌تر خواهد بود.

رأی مشهور و برتر این است که فاسق می‌تواند به معروف امر و از منکر نهی کند و لازم نیست که آمر به معروف از کلیه‌ی گناهان معصوم باشد، زیرا اگر این شرط را معتبر بدانیم باب امر به معروف و نهی از منکر بسته می‌ماند. از این جهت است که سعیدبن‌جبیر می‌گوید: «اگر فقط بی‌گناه امر به معروف و نهی از منکر کند، هیچ‌کس به چیزی امر نمی‌کند و از منکری باز نمی‌دارد».

قاعده این است که انسان به ارتکاب گناه یعنی انجام‌دادن محرمات و ترک واجبات فاسق می‌شود، اگر امر به معروف و نهی از منکر بر فاسق حرام باشد به این معنا خواهد بود که ترک یک امر واجب، باعث سقوط سایر واجبات گردد و امر واجب با ارتکاب حرام دیگری حرام شود.

---

۱. *همان*، جزء ۵، ص ۲۸؛ *تفسیرالمنار*، ج ۴، ص ۳۴. ۲. *احیاء علوم‌الدین*، جزء ۵، ص ۲۸ و ۲۹.

در دو آیه‌ای که گروه اوّل استناد کرده‌اند، مطلبی نیست که فاسق را از امر به معروف و نهی از منکر باز دارد، بلکه کسی را ملامت می‌کنند که به کار نیک فرمان می‌دهد ولی خود آن را انجام نمی‌دهد یا از منکر نهی می‌کند و خود آن را انجام می‌دهد و مقصودشان این است که عمل انسان گفتارش را تصدیق کند تا سخنش مؤثر باشد و نتیجه‌ی مطلوب را به دست آورد.[۱]

شرط پنجم اذن است: برخی از فقها شرط می‌کنند که آمر به معروف و ناهی از منکر باید از طرف امام یا حاکم مأمور این امر باشد، زیرا امام یا حاکم می‌تواند کسی را که به نحو مطلوب عهده‌دار این امر گردد انتخاب کند و موکول کردن آن بدون هیچ قیدوشرطی به افراد، سبب ایجاد فساد و فتنه می‌گردد. لیکن اکثر فقها به خلاف این رأی، در امر به معروف یا نهی از منکر اجازه‌ی شخص یا گروه خاصی را لازم نمی‌شمارند و تخصیص افراد از قبل به این امر را مانع از اقدام سایرین نمی‌دانند، زیرا آیات و احکامی که در مورد امر به معروف و نهی از منکر وارد شده است آن را به یکایک افراد امر واجب دانسته و کسی را که شاهد وقوع منکری باشد و سکوت اختیار کند، بزه‌کار تلقی کرده بر عهده‌ی او گذاشته است که از منکر نهی کند در هرجا و هرگونه که آن را ببیند، پس اختصاص یافتن افرادی به شرط تفویض آن از طرف حاکم، حکمی است که مبنا ندارد. از آن گذشته، امام و حاکم خود از کسانی‌اند که وظیفه‌ی امر به معروف و نهی از منکر مشمول آنان هم می‌شود، بنابر این، چطور می‌شود پذیرفت که برای امر به معروف و نهی از منکر اذن وی مورد نیاز باشد.

رأی اخیر، رویه‌ای بوده است که طی ایام، حتی در روزگارانی که خلفا و والیان، اشخاص معینی را برای امر به معروف و نهی از منکر در نظر می‌گرفتند، عمل شده است. زیرا تخصیص والیان هیچ یک از افراد جامعه‌ی اسلامی را از قیام به امر به معروف و نهی از منکر مانع نمی‌شد؛ حتی برخی از افراد بودند که والیان و خلفا را به معروف امر و از ارتکاب معصیت و منکر نهی می‌کردند و آنان را وادار می‌ساختند تا نسبت به تغییر منکر اقدام کنند، و خلفا قادر نبودند بگویند که اشتباه می‌کنید.[۲]

فقهایی که اذن امام را شرط می‌دانند مقصودشان به نظم درآوردن امر به معروف و نهی از منکر است و مرادشان نیست که امر به معروف و نهی از منکر بر غیر مأذون حرام است، مثلاً

---

۱. *همان*، جزء ۵، ص ۱۵ الی ۱۷؛ *الکشاف*، جزء اول، ص ۳۱۹؛ *احکام‌القرآن* جصاص، جلد ۲، ص ۳۳.

۲. *تفسیر المنار*، ج ۴، ص ۳۳ به بعد؛ *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۱۹ به بعد؛ *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۲، ص ۳۳؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۴۵؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۷۹ به بعد؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۴۸؛ *الکشاف*، ج ۱، ص ۳۱۹.

اگر شخصی غیر مأذون گروهی را ببیند که شرب خمر می‌کنند و آن را به زمین بریزد یا ظرفش را بشکند و یا مردی را ببیند که زنا می‌کند و برای جلوگیری از ارتکاب زنا جز قتل وی راه دیگری نباشد و او زانی را بکشد، چنین نیست که به سبب قتل و یا تخریب، مجرم شناخته شود زیرا هر دوی آنها بر اساس احکام روشن شرع مباح است، بلکه به سبب مخالفتش با امر امام یا سبک شمردن اوامر قوه‌ی مجریه کیفر می‌بیند.

۳۴۴. شرایط امر به معروف و نهی از منکر: امر به معروف شرایط و زمان خاصی ندارد زیرا عبارت است از پند و اندرز و راه‌نمایی و آموزش، و این امور هر زمان و تحت هر شرایطی جایز و مطلوب است. اما نهی از منکر و تغییر، شرایط خاصی دارد که برای جواز نهی از منکر و تغییر آن، وجود آنها لازم است این شروط عبارت‌اند از: ۱ـ وجود منکر؛ ۲ـ فعلیت یافتن آن؛ ۳ـ علنی بودن آن؛ ۴ـ این که منکر به آسان‌ترین و سهل‌ترین راه دفع شود.

شرط اول ـ وجود منکر: برای جواز نهی و تغییر منکر وجود منکر لازم است هر گناهی که در شریعت اسلامی حرام دانسته شده، یا هر آنچه وقوع آن شرعاً ناپسند است، منکر نامیده می‌شود و لازم نیست که مرتکب آن مکلف باشد. اگر کسی ببیند که کودک یا مجنون خمر می‌نوشد مکلف است آن را بریزد و از خوردنش مانع شود، هم‌چنین اگر ببیند که مجنون با یک زن دیوانه زنا می‌کند یا با حیوانی مقاربت می‌کند، باید مانع شود. صغیره یا کبیره بودن منکر در وجوب نهی از آن تفاوت نمی‌گذارد، باز کردن آلت تناسلی در حمام و خلوت‌کردن با زن اجنبی و نگاه کردن به زنان نامحرم همگی منکر و از گناهان صغیره است و نهی‌کردن از آنها و جلوگیری از ارتکابش واجب است.[1]

لیکن منکر باید به نحوی معلوم و آشکار باشد که برای کشف و تعیین آن به اجتهاد و تلاش نیاز نباشد. هر آنچه قابل بحث باشد، نهی، و تغییر آن محمل شرعی ندارد، مثلاً طرف‌دار مذهب حنفی حق ندارد پیرو مذهب شافعی را از خوردن سوسمار و کفتار نهی کند و طرف‌دار شافعی نمی‌تواند حنفی را در صحیح دانستن ازدواج بدون رضایت ولی، ملامت نماید.[2]

شرط دوم ـ فعلیت داشتن منکر: این شرط به این معنا است که معصیت فعلیت داشته و در زمان نهی از منکر یا تغییر آن منکر در حال وقوع باشد، مانند شرب خمر یا خلوت‌کردن با زن بیگانه، چنانچه بزه‌کار از انجام‌دادن گناه فارغ شده باشد، نهی از منکر یا تغییر آن محلی از

---

۱. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۳۵ و ۳۶.

۲. *همان*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۳۷ و ۳۸؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۸۰.

اعراب نمی‌یابد. در این مرحله باید کیفر عملش را ببیند که آن هم از اختیارات حاکمیت و دولت است هم‌چنین اگر در این مرحله به بزه‌کار اعتراض یا او را مجروح یا بدگویی کند، مرتکب بزه شده است، اما اگر این اعمال را در اثنای ارتکاب معصیت انجام دهد و نهی از منکر آنها را اقتضا کند، عملش جرم نیست، زیرا درواقع به تکلیف خود عمل کرده است.

چنانچه زمینه برای ارتکاب جرم فراهم باشد، مانند کسی که سفره را می‌چیند و مجلس را برای شرب خمر می‌آراید، در این صورت هیچ راهی جز پند و اندرز وجود ندارد و تندخویی و فحاشی و ایراد ضرب، جرم به حساب می‌آید؛ حتی اگر بزه‌کار انکار کند که قصدش شرب خمر است، پند و اندرز نیز جایز نخواهد بود، زیرا در صورت انکار، پند و اندرز متضمن بی‌احترامی و اسائه‌ی ادب به یک مسلمان است.

شرط سوم ـ منکر، بدون احتیاج به بررسی و تفتیش، آشکار باشد: شرط دیگر نهی از منکر آن است که امر منکر آشکار و معلوم باشد، چنانچه آشکار ساختن آن به تجسس یا تفتیش نیازمند باشد، جایز نیست، زیرا خداوند تجسس را حرام دانسته است و می‌فرماید «لاتجسسوا» (حجرات، ۱۲) و دیگر آن که خانه‌ها حریم و افراد، احترامی دارند که قبل از ظهور معصیت، نقض آن جایز نیست و پیامبر جستجو و تتبع از امور پنهان مردم را نهی کرده است آن حضرت به معاویه فرمود. «اگر در پی امور داخلی مردم باشی آنها را به فساد کشانده‌ای یا عن‌قریب به فساد می‌کشانی» و نیز می‌فرماید «ای مردم، مردمی‌که به زبان ایمان آورده‌اید و ایمان به دل‌هایتان راه نیافته است، پشت سر مسلمین غیبت نکنید، و به دنبال کشف عیوب آنها نباشید. اگر کسی در صدد آبروریزی برادر مسلمانش درآید، خداوند آبرویش را می‌برد و هرکس را که خداوند آبرویش را بریزد مفتضح می‌کند؛ هرچند در درون خانه‌اش دست به عمل خلاف زده باشد». از ابتدای امر رویه‌ی مسلمانان چنین بود. نقل شده است که عمربن‌خطاب از دیوار خانه‌ی مردی بالا رفت و دید که معصیت می‌کند، عمر به او عتاب کرد که چرا گناه می‌کنی. جواب داد: ای امیرالمؤمنین اگر من یک گناه کردم، تو از سه جهت مرتکب معصیت شدی. عمر گفت: آنها چیستند؟ جواب داد: خداوند فرموده است: «لاتجسسوا» تو دست به تجسس زدی، و می‌فرماید «و أتوا البیوت من ابوابها» تو از بالای دیوار آمدی و باز می‌فرماید «ولا تدخلو بیوتاً غیر بیوتکم حتی تستأنسو و تسلمو اعلی اهلها» تو سلام ندادی. عمر آن شخص را آزاد کرد و از او خواست که توبه کند. پس اگر او را رها می‌کند و مجازاتش نمی‌دهد بدان سبب است که داخل شدن به خانه‌ی وی باعث پیدایش منکر شد که به ناحق و بدون جهت رخ داده بود. عبدالرحمن‌بن‌عوف شبیه مورد فوق را نقل می‌کند: در یکی از شب‌ها در کنار عمر بودم و در مدینه راه می‌رفتیم، دیدیم

چراغ یکی از خانه‌ها روشن است، به طرف آن حرکت کردیم وقتی نزدیک‌تر شدیم، مشاهده کردیم که در خانه بسته است و از درون آن سروصدا و هیاهو به‌گوش می‌رسد. عمر دست مرا گرفت و پرسید می‌دانی این خانه متعلق به کیست؟ گفتم: نمی‌دانم. جواب داد: خانه ربیعه‌ابن‌امیةبن‌خلف است و هم‌اکنون شرب خمر می‌کنند چه می‌گویی؟ گفتم به نظر من کاری می‌کنیم که خداوند ما را از آن نهی کرده است، خداوند می‌فرماید «ولاتجسسوا» عمر با شنیدن این سخن برگشت و آنها را به حال خود گذاشت».

نتیجه‌ی حرمت و تجسس و تفتیش این است که مثلاً استراق سمع از خانه‌ی دیگری برای شنیدن آواز و تار و دهل سزاوار نیست. هم‌چنین بوییدن دهان کسی برای اثبات شرب‌خمر و استعمال مواد افیونی شایسته نمی‌باشد. هیچ کس حق ندارد، لباس‌های شخصی را تفتیش کند تا مشخص سازد چه چیزی را مخفی کرده است و یا از خانه‌ی وی بازرسی کند و نیز نمی‌تواند از همسایگان در مورد جزئیاتی که در درون خانه‌ی کسی رخ می‌دهد پرس‌وجو کند.[1]

اما اگر به سبب وجود اماراتی ظنّ غالب پیدا شود که شخصی مخفیانه مرتکب بزه می‌شود یا خبر صادقی آن را تأیید کند، مانند استشمام بوی مواد مخدر از خارج خانه یا صدای گلوله و استمداد شنیده شود؛ یا راوی موثقی بگوید که فلانی در صدد زناکردن است یا می‌خواهد شخصی را به قتل رساند، تجسس و بررسی و تفتیش در حالت‌های فوق برای جلوگیری از وقوع زیان‌های جبران‌ناپذیر مانند هتک ناموس و ارتکاب معاصی، جایز است.[2]

اصل این است که اگر کسی درِ خانه‌اش را ببندد و در دیواره‌های خانه‌اش موانعی برای جلوگیری از دید تعبیه کند، به منظور کشف جرم و بررسی آن، بدون اجازه‌ی صاحب منزل، ورود به آن جایز نیست، لیکن اگر دو نفر ــ بدون آن که قبلاً خبرچینی کرده باشند ــ یا یک نفر به مشاهده[3] خبر دهد که فلان شخص در خانه‌اش مرتکب بزه می‌شود، بدون اجازه داخل شدن به خانه‌ی وی جایز است، هم‌چنین اگر نشانه‌های بزه از بیرون خانه قابل مشاهده و درک باشد، مانند استشمام بوی مشروبات الکلی و شنیده شدن آوازهای مستانه از خارج خانه، برای ورود به محل بزه به اجازه‌ی صاحب‌خانه نیاز نیست.[4]

این قبیل دلالت‌ها مانند استشمام بوی و استماع صدا و آنچه دلالتش آشکار است مکشوف و آشکار تلقی می‌گردند و ما به مخفی نگاه‌داشتن چیزی که خداوند آن را مخفی

---

۱. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۵، ص ۳۴. ۲. *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۱۸.

۳. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۸۰؛ *الاحکام‌السلطانیه*، ص ۲۱۸.

۴. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۵، ص ۳۶ و ۳۷ و ۴۴.

نگه‌داشته مأموریم و به نهی از منکر درباره‌ی کسی که گناهش را علنی می‌کند مکلف هستیم. زیرا پیامبر می‌فرماید «هرکس از این اعمال ناشایست عملی را انجام دهد باید مخفیانه صورت دهد، و اگر آشکار کند، حد خداوند را بر او جاری می‌کنیم». آشکار ساختن گناه چندین درجه دارد؛ یا با حس شنوایی معلوم می‌شود؛ یا به شامه مبرهن می‌گردد؛ یا از طریق دیدن و لمس آشکار می‌شود. بنابر این، نمی‌توان گفت که فقط دیدن ملاک است زیرا مقصود وجود علم و ظن غالب است و این حواس مانند دیدن، مفید علم و ظن غالب هستند.

شرط چهارم ـ دفع منکر به آسان‌ترین طریق ممکن صورت پذیرد: شرط دیگر آن است که از وسیله‌ای استفاده شود که از وقوع منکر جلوگیری می‌کند و نیز باید آسان‌ترین وسیله‌ی دفع انتخاب شود در این مورد افراط و تفریط جایز نیست، اگر بیش از مورد نیاز، از نیروی دافعه بهره جوید، مازاد بر احتیاج جرم تلقی می‌شود. ولی در صورت عدم اقتدار به دفع منکر، مدافع حق دارد از حداقل وسیله‌ی دفاع استفاده کند، مثلاً اگر دفع منکر مستلزم استفاده از دست باشد و مدافع نتواند از آن استفاده کند به سخن گفتن اقدام می‌کند، اگر به سخن گفتن نیازمند باشد و نتواند، قلباً دفاع می‌کند.

دفع منکر با وسیله‌ی متناسب اقتضا می‌کند که وسایل دفاع برحسب نوع منکر و اوضاع و احوال حاکم بر بزه‌کار مختلف باشند، زیرا وسیله‌ای که شخصی را از ارتکاب منکر باز می‌دارد ممکن است درباره‌ی شخص دیگر مؤثر نباشد و آنچه در دفاع از منکری شایسته باشد در دفاع از منکر دیگر، به کار نیاید.

۳۴۵. ابزار نهی از منکر: برخی از فقها،[1] ابزار نهی از منکر را در هفت نوع منحصر ساخته‌اند که عبارت‌اند از: آگاهی‌دادن؛ پند و اندرز؛ نکوهش سخت؛ جلوگیری با دست؛ تهدید به ضرب و قتل؛ ضرب و قتل؛ استعانت از دیگران.

تعریف یا آگاهی دادن: هرگاه شخصی می‌خواهد مرتکب منکر شود و نمی‌داند که معصیت است، بهترین وسیله آن است که به او گفته شود دست به گناه می‌زند. در این حالت واجب است که این اطلاع با مهربانی توأم باشد و از خشونت استفاده نشود، زیرا آگاه‌ساختن، متضمن نسبت جهل دادن به مخاطب است و خود این امر نوعی آزردن به حساب می‌آید که نهی از منکر آن را ضروری ساخته است. بنابر این، آگاه ساختن باید با حداکثر مهربانی صورت پذیرد تا بدون جهت سبب آزردن کسی نشود که آزردن مسلمان حرام است.

---

۱. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۵، ص ۴۵ به بعد.

نهی از منکر با پند و اندرز: این روش زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که فاعل به مجرمانه بودن عملش آگاه و ظن غالب موجود است که با پند و اندرز ترک منکر خواهد کرد، مانند کسی که با علم به حرمت غیبت، پشت سر دیگران غیبت می‌کند ولی انتظار می‌رود که اگر یادآوری و نصیحت شود آن را ترک کند. در این مورد هم نباید از خشونت و خشم بهره‌گیری شود.

سرزنش توأم با خشونت یا تعنیف: وقتی بزه‌کار به رغم تذکر توأم با لطف دست‌بردار نباشد و پند و اندرز را نادیده بگیرد، از تعنیف استفاده می‌شود. در استفاده از تعنیف دو شرط منظور شده است: ۱ـ فقط به هنگام ضرورت و بدون تأثیر از شیوه‌ی مهرورزی مورد استفاده قرار بگیرد؛ ۲ـ مدافع لب به سخن نگشاید، جز آن که واقعیت را بیان کند زبانش را رها نکند تا آنچه را لازم نیست بگوید، بلکه به قدر نیاز بسنده کند و حق ندارد بزه‌کار را با امر دروغ فحش دهد و یا قذف نماید، می‌تواند به او چیزی بگوید که دشنام و فحش به شمار نمی‌آید، مثلاً بگوید: ای فاسق، ای نادان، ای احمق، ای سبک مغز و از این قبیل. زیرا آن که نافرمانی می‌کند، فاسق است، و فاسق، احمق و نادان است والا فرمان خدا را زیر پا نمی‌گذاشت. هر کس که زیرک نباشد، احمق است. پیامبر می‌فرماید: «هوشیار و زیرک کسی است که تمایلات نفسانی را زیر پا نگذارد و برای پس از مرگ توشه بیندوزد و احمق کسی است که به جای خدا از هوای نفس پیروی کند و آرزوهای بلند در سر بپروراند».

جلوگیری با دست: مقصود آن است که مدافع با دستانش امر منکر را از میان ببرد، مثلاً آلات لهو و لعب را بشکند، خمر را به زمین بریزد و لباس حریر را از سر و بدن بزه‌کار برکند و غاصب را از خانه‌ی غصبی بیرون کند و موانعی را که در معابر عمومی گذاشته شده و باعث راه‌بندان یا تنگی راه شده است از میان بردارد.

این عمل در گناهانی متصور است که به صورت طبیعی تغییرپذیر باشند و در گناهان گفتاری و قلبی که به طور فیزیکی تغییرپذیر نیستند قابل تصور نیست.

تغییر منکر با استفاده از دست، زمانی مورد استفاده قرار می‌گیرد که خود بزه‌کار به آن مبادرت نورزد، مثلاً حق ندارد غاصب را کشان‌کشان از خانه‌ی غصبی بیرون کند تا وقتی که غاصب با پای خود از آنجا بیرون رود، و حق ندارد خمر را بر زمین بریزد تا وقتی که شارب خمر، خود آن را نابود سازد. هم‌چنین در استفاده از وسیله‌ی مزبور نباید از حد نیاز تجاوز شود، مدافع حق ندارد برای بیرون کردن غاصب، ریش یا پای او را بگیرد؛ تا وقتی که می‌تواند دست او را بگیرد و بیرون کند و حق ندارد ادوات لهو و لعب را بسوزاند تا وقتی که می‌تواند با تخریب، آنها را از کارایی بیندازد. تخریب هم به اندازه‌ای باید صورت پذیرد که

قیمت تعمیر آن با قیمت اصل جنس برابر باشد و هم‌چنین نمی‌تواند ظروف محتوی خمر را بشکنند تا وقتی که می‌تواند بدون استفاده از تخریب، محتوی آن را ـ خمر ـ از بین ببرد.

از آنچه گذشت این نتیجه به دست می‌آید که از تغییر منکر، مقصود دفع آن است و نه مجازات فاعل آن و تنبه دیگران، تنبه "زجر" برای آینده و مجازات برای گذشته و دفاع از بزه فعلی و موجود است. آحاد مردم حق دارند از منکر جلوگیری کنند و بیشتر از آن یا مجازات جرم سابق است و یا تنبه دیگران در آتیه است و این هر دو از وظایف حکومت است نه از وظایف شهروندان آن.

تهدید به ایراد ضرب و قتل: در استفاده از این نوع، بهتر آن است که حتی‌المقدور تهدید به ایراد ضرب را نسبت به تهدید بر قتل مقدم بدارد. لازم است که مدافع از تهدید استفاده نکند که اقدام به آن جایز نباشد، مثلاً بگوید: خانه‌ات را خراب می‌کنم؛ یا فرزندت را کتک می‌زنم؛ یا همسرت را به اسارت می‌گیرم، اگر این تهدیدات را به جد بگوید، به عمل حرامی دست زده است و اگر از روی قصد نگوید، دروغ گفته است، پس باید در تهدید از اموری استفاده کند که در دفاع از منکر، انجام‌دادن آنها برایش مجاز باشد، مثلاً بگوید تو را تازیانه خواهم زد، سرت را می‌شکنم، گردنت را می‌زنم و از این قبیل. اگر بداند که تهدیدات شدیدتر در بازداشتن وی از ارتکاب معصیت مؤثر خواهند بود؛ هرچند واقعاً و به جد آنها را قصد نکرده باشد، می‌تواند از آنها بهره جوید.

ضرب و قتل: در صورت اقتضای ضرورت، مدافع می‌تواند برای بازداشتن بزه‌کار از ارتکاب بزه او را کتک بزنند. به شرط آن که فقط با ایراد ضرب، دست از بزه بردارد و بیش از نیاز مورد استفاده قرار نگیرد. اگر با یک سیلی ساده و ایراد ضرب، دفع منکر عملی گردد، حق ندارد آنها را تکرار کند.

اگر فقط با مجروح ساختن و کشیدن سلاح، دفاع از منکر عملی باشد، مدافع می‌تواند از سلاح استفاده کند و بزه‌کار را مجروح سازد، مانند آن که مرد فاسقی زنی را گرفته باشد و میان او و مدافع یک نهر یا دیوار قرار دارد که بزه‌کار را از دست‌رس مدافع دور نگه می‌دارد ولی مدافع تفنگ هم‌راه دارد، به بزه‌کار می‌گوید او را رها کن والا تو را می‌زنم که اگر رها نسازد می‌تواند با تیر بزند، در تیراندازی بهتر است که به جای مواضع کشنده، ساق و ران پا و اعضای مشابه او را هدف قرار دهد. مدافع حق دارد شمشیر خود را از نیام بکشد و بگوید دست از این منکر بردار والا تو را می‌زنم، بای نحوکان، دفاع از منکر به هر نحو ممکن واجب است و امور یاد شده کلاً دفاع محسوب می‌شود. در جواز این امور فرقی نمی‌کند که منکر از حق‌الله به‌شمار آید، مانند زنا و قطع طریق و یا از حقوق‌الناس به حساب آید، مانند ضرب و جرح و غصب.

اگر بزه‌کار از بزه دست بر نمی‌دارد مگر آن که با وی نبرد شود که چه بسا سبب قتل او خواهد بود؛ هرچند منکر مورد نظر از جرایم پایین‌تر از قتل به شمار آید، مدافع حق دارد با او قتال کند. اگر کسی قصد کند که یکی از اعضای بدنش را ببرد و بازداشتن او مستلزم درگیری و نبردی باشد که چه بسا باعث مرگ خواهد بود، قتال با وی برای جلوگیری از قطع عضو واجب است، زیرا مقصود از دفاع حفظ جان یا عضو او نیست بلکه مقصود آن است که باب ارتکاب منکر و معصیت بسته شود. در فرض یادشده، کشتن وی به عنوان دفاع از وقوع منکر گناه نیست و حال آن که قطع عضو از طرف خود او گناه است. آنجاکه در دفاع مشروع به معنای خاص و در مقام دفاع از مال، مهاجم کشته می‌شود نیز همین حکم در میان است و، جواز قتل مهاجم به این معنا نیست که درهمی از مال بر جان یک شخص برتر باشد، بلکه به قصد دفع گناهان جایز شده است. در این مثال هم، نیت مهاجم برای ربودن مال غیر، معصیت است ولی قتل وی به عنوان دفاع، ذاتاً معصیت نیست.[1]

استمداد از دیگران: کمک از دیگران در صورتی لازم است که مدافع شخصاً نتواند از وقوع منکر جلوگیری کند و به نیروهای کمکی نیازمند باشد. به عقیده‌ی برخی از فقها نباید در دفاع از منکر از این وسیله استفاده شود زیرا در نظم و امنیت ایجاد اخلال کرده و فتنه‌انگیز است، چون بزه‌کار چه بسا یاران و اعوانی دارد که آنها را به کمک می‌طلبد و همین امر باعث خون‌ریزی می‌گردد. افراد عادی زمانی حق دارند از این وسیله استفاده کنند که اذن مخصوصی از امام داشته باشند و امام هم به کسی این اجازه را می‌دهد که مأموریتش امر به معروف و نهی از منکر باشد.

به عقیده‌ی برخی دیگر از فقها، افراد جامعه بدون این که نیازمند اذن امام باشند حق دارند از وسیله‌ی مزبور در دفاع از منکر استفاده کنند. زیرا اگر آنها اجازه داشته باشند که شیوه‌های دیگر دفاع از منکر را به کار برند، در استفاده از وسیله‌ی اخیر هم مجاز خواهند بود. زیرا استفاده از هر یک از طرق دفاع ممکن است به زدوخورد منتهی شود و زدوخورد به طور طبیعی به تعاون نیازمند است. بنابر این، شایسته نیست که لوازم و ابزار دفع از منکر قابل چون‌وچرا باشند. گذشته از آن که به ندرت این امور به فتنه و آشوب منجر می‌شوند و امر نادر هیچ وقت مورد حکم قرار نمی‌گیرند، اساساً در احکام شریعت چیزی نیست تا این اعتقاد را نهی کند که هرکس به دفع منکر قادر باشد باید آن را با دست و اسلحه و به تنهایی و به کمک اعوان و انصار از میان ببرد.

---

۱. *احیاء علوم‌الدین*، المجلدالثانی، جزء ۷، ص ۳۴.

۳۴۶. آیا در مورد هر کسی می‌توان ابزار فوق را به‌کار برد؟ استفاده از وسایل و عوامل دفاع از منکر درباره‌ی هر کسی به جز پدر و مادر و زوج و حاکم جایز است.

در مورد والدین، فرزند فقط حق دارد آگاهی دهد و در مرحله‌ی بعد از پند و نصیحت بهره جوید و حق ندارد از تعنیف یا تهدید یا ضرب استفاده کند. به موجب یک رأی می‌تواند عمل ارتکابی والدینش را به نحوی که خود، آنها را مورد اصابت قرار ندهد تغییر دهد، مثلاً مشروب آنها را بر زمین ریزد؛ یا مال مسروقه و مغصوب را به صاحبانش مسترد کند. علت این که والدین از حکم عمومی استثنا شده‌اند این آیه از قرآن کریم است که می‌فرماید: «فلاتقل لَهُما اف و لاتنهرهما» (اسراء، ۲۳) این آیه از گفتن کلمه‌ای که والدین را رنجیده خاطر سازد و کمترین آزار به آنان برساند نهی می‌کند. درباره‌ی والدین احکام دیگری هم وجود دارد که آنها را از دایره‌ی حکم کلی خارج می‌کند، مثلاً هیچ خلافی نیست که پدر در صورت قتل فرزند قصاص نمی‌شود و جلاد حق ندارد پدر خود را به عنوان حد زنا به قتل برساند و رأساً نمی‌تواند درباره‌ی او اعمال حد کند پس اگر پسر حق نداشته باشد تا پدرش را به سبب جنایتی که قبلاً مرتکب شده با مجازاتی که استحقاقش را دارد بیازارد، حق نخواهد داشت با عملی که بازدارنده از جنایتی است که انتظار می‌رود مرتکب شود، او را آزار دهد.

حکم زوجه در مقابل زوج خود مانند حکم فرزند در مقابل پدر است، پیامبر (ص) می‌فرماید «اگر سجده کردن بر مخلوق جایز بود به زن دستور می‌دادم تا به شویش سجده کند» این سخن اقتضا می‌کند که زوجه از آزار شوهرش دست بردارد.

اما شهروند در مقابل حاکم یا امام و یا پادشاه تنها می‌تواند از تعنیف و نهی و از طریق پند و اندرز استفاده کند. تغییر منکر با دست به موجب رأی برتر، جایز نیست زیرا این عمل باعث شکستن هیبت و سقوط حرمت او می‌گردد، پیامبر (ص) می‌فرماید «هرکس درصدد آن باشد که به سلطانی نصیحت کند نباید آن را علنی بگوید یا دست او را بگیرد و به نقطه‌ی خلوتی بکشاند، اگر نصیحت را پذیرفت فبها والا او به وظیفه‌ی خود عمل کرده است». هم‌چنین آن حضرت می‌فرماید «هرکس سلطانی را که از مردان خداست مورد اهانت قرار دهد، خداوند او را خوار و ذلیل می‌سازد».

۳۴۷. حکم تجاوز از محدوده‌ی دفاع از منکر: چنانچه مدافع، در نهی از منکر و یا تغییر آن وسیله‌ای را به کار گیرد که از اقتضای وضع بیشتر باشد، در مقابل مازاد مسئولیت دارد، هم‌چنین اگر در استفاده از وسیله‌ی مورد لزوم از حدود متعارف خارج شود، مسئول خواهد بود. پس اگر بزه‌کار را به هنگام سرزنش "تعنیف" قذف کند در مقابل قذف، مسئول است؛

زیرا قذف در محدوده‌ی "تعنیف" قرار ندارد و چنانچه دفع منکر با سرزنش و تهدید میسر باشد ولی مدافع، بزه‌کار را بزنند یا مجروح سازد در مقابل ضرب و جرح مسئولیت دارد، و اگر با یک بار زدن و یا مجروح کردن، منکر دفع شود لکن وی را دوباره بزند یا مجروح سازد در قبال ایراد ضرب و جرح دوباره و هر آنچه بعد از دفع منکر انجام داده است مسئول است. چنانچه منکر با استفاده از دست تغییر یابد، ناهی از منکر حق ندارد از حدود متعارف تغییر تعدی کند، مثلاً اگر منکر عبارت باشد از شرب خمر یا نگهداری آن، در تغییر منکر کافی است که آن را بریزد، و چنانچه در محل می‌گساری سفره‌ها و در و پنجره و ظروف را پاره کند و بشکند یا آنها را آتش بزند، مسئول است.

پیش از شروع به ارتکاب منکر یا پس از آن، نهی از منکر و تغییر آن معنی ندارد زیرا ارتکاب منکر، نهی و تغییر آن را به عنوان دفاع مجاز می‌سازد. پس در صورت عدم وقوع منکر، نمی‌توان گفت اعمالی که علیه قاصد معصیت رخ می‌دهند، دفاع‌پذیر هستند، بلکه تجاوز به شمار می‌آیند، هم‌چنین است اعمالی که پس از پایان یافتن جرم علیه بزه‌کار استعمال شوند.

اصل و قاعده بر این است: آن بخش از اعمالی که برای دفاع لازم است جرم محسوب نمی‌شوند به شرط آن که از حد متعارف تعدی نکنند، لیکن اگر این اعمال عمداً از فاعل سرزند و از بزه‌کار رد شود و دیگری را به خطا مورد اصابت قرار دهند، نسبت به مصدوم جرم خطایی به حساب می‌آیند، زیرا این اعمال نسبت به فاعل، منکر مشروع و نسبت به دیگران، ممنوع‌اند، بنابر این، قصد عمد مورد توجه نیست و اهمیت ندارد چون مدافع، فعل جایزی را قصد کرده است. قاعده بر این است که هرکس در ارتکاب کار مشروع متعمد باشد، و در فعل خود خطا کند از نتیجه‌ی به دست آمده به عنوان خطاکار و نه عامد، بازخواست می‌شود.

۳۴۸. آیا کسی که دست به ارتکاب منکر می‌زند حق دفاع دارد؟ فاعل منکر با این استدلال که از جان و مالش حمایت می‌کند حق ندارد از کسی که درصدد دفع منکر است مادامی که از حدود متعارف دفاع خارج نشده، دفاع کند. در صورت تعدی از حدود متعارف، چون عمل مدافع، تجاوز قلمداد می‌گردد، فاعل منکر، حق دفاع دارد.

۳۴۹. تفاوت دفاع مشروع به معنای عام با دفاع مشروع به معنای خاص: چنانچه دفاع مشروع اصطلاحی را با دفاع مشروع به معنای امر به معروف و نهی از منکر مقایسه کنیم

خواهیم دید که هر دو از مبانی و احکام واحدی برخوردار هستند و جز در برخی از جزئیات با یکدیگر اختلاف چندانی ندارند.

واقعیت این است که دفاع مشروع به مفهوم خاص آن، با دفاع مشروع به معنای عام از جهت مبانی و احکام اختلاف ندارد، بلکه فقها میان آن دو از جهت موضوع تفاوت می‌گذارند. موضوع دفاع مشروع به مفهوم خاص هر نوع حمله و تجاوزی است که سلامت جسم، مال یا ناموس انسان را در معرض خطر قرار می‌دهد. این نوع دفاع به "دفع صائل" تعبیر می‌شود. موضوع دفاع مشروع به مفهوم عام غیر از امور مزبور، اموری هستند که حقوق عمومی و نظم و امنیت جامعه را تهدید می‌کنند، این نوع از دفاع را امر به معروف و نهی از منکر می‌نامند.

می‌توان گفت که این تفکیک موضوعی یک تفکیک اسمی بیش نیست زیرا در غالب مواردی که بزه‌کار به اعتبار مهاجم بودن مورد دفاع قرار می‌گیرد، می‌توان او را به این اعتبار که دست به ارتکاب منکر می‌زند، دفع کرد اما عکس قضیه صادق نیست؛ یعنی هرجا که عملی به اعتبار منکر بودن دفاع‌پذیر است فاعل آن به اعتبار مهاجم بودن دفاع‌پذیر نیست. پس "دفع صائل" زمانی به وجود می‌آید که جان و مال و ناموس انسان مورد حمله و تجاوز قرار بگیرد، اما دفع منکر در صورتی است که حمله و هجوم منتفی باشد، مثلاً اگر مردی درصدد ربودن زنی درآید که با وی زنا کند، به عنوان مهاجم دفاع می‌شود، اما اگر هر دو راضی باشند، عملشان به اعتبار منکر دفع می‌شود، دفاع شرعی به معنای عام جایش همین‌جاست. هر کسی درصدد قتل دیگری درآید به عنوان مهاجم دفاع می‌شود و عمل مدافع، دفاع مشروع به معنای خاص نام دارد اما کسی که درصدد انتحار است، عملش به اعتبار منکر دفع می‌شود و مدافع در حالت نهی از منکر یا تغییر آن قرار دارد. کسی که مال دیگری را آتش می‌زند یا تلف می‌کند دارای عنوان مهاجم است ولی کسی که مال خود یا دیگری را با رضایت او آتش می‌زند به اعتبار فاعل منکر دفاع می‌شود. بنابر این ،"تجاوز" یعنی هجوم و تعدی، تنها وجه افتراق دفاع مشروع به معنای خاص و دفاع مشروع به معنای عام محسوب می‌گردد.

۳۵۰. بررسی تطبیقی: حقوق اسلامی، امر به معروف و نهی از منکر را از روز نخست به رسمیت شناخته و آن را بر سایر حقوق و قوانین برتری داده است. قوانین وضعی در گذشته فاقد این امتیاز بودند و از قرن پیش در محدوده‌ی تنگی، آن را مورد شناسایی قرار داده‌اند. اسلام امر به معروف و نهی از منکر را از آن جهت مورد شناسایی قرار داده است که هر یک

از افراد جامعه را اعم از حاکم یا محکوم مراقب هم‌دیگر سازد و مردم را به پند و اندرز و هم‌یاری و دوری از گناهان و تنفر از منکرات وادار کند. نتیجه‌ای که بر وجود امر به معروف و نهی از منکر مترتب می‌گردد این است که افراد جامعه ملزم هستند به هم‌دیگر توجه کنند و حاکمان جامعه را مد نظر قرار دهند و در مقابل کج‌رفتاری آنان بایستند و از اقداماتشان انتقاد کنند. اساس توجه، امر به معروف است و اساس انتقاد، نهی از منکر به شمار می‌آید. مسلمانان اولیه این حق را به مفهوم واقعی فهمیده و به آن تسلیم بودند. این ابوبکر است که پس از بیعت مردم با وی، بالای منبر رفت و گفت «تا وقتی که از خدا فرمان می‌برم از فرمان من پیروی کنید، چون نافرمانی کنم حق فرمان‌روایی بر شما را ندارم» و این عمر است که پس از رسیدن به خلافت می‌گوید «هرکس در من کجی ببیند باید آن را راست گرداند». در نتیجه‌ی امر به معروف و نهی از منکر مردم ملزم می‌شوند در استقرار نظم و حفظ امنیت و جلوگیری از بزه‌کاری با هم‌دیگر یاری کنند و از خود برای حمایت از منع ارتکاب جرایم و معاصی و حمایت از اخلاق، یاورانی بسازند و از این طریق جامعه را در مقابل بزه‌کاری و نیز ارزش‌های اخلاقی مورد حمایت قرار دهند.

این چنین است که جامعه از تشتت و پراکندگی نجات می‌یابد و امنیت آن از تفکرات ویرانگر و جاهلانه در امان می‌ماند، بلکه حتی وجود وجوب امر به معروف و نهی منکر به حد کافی تضمین می‌کند که مفاسد قبل از ظهور و انتشار در مخفیگاه در نطفه خفه شوند.

در قوانین وضعی از آغاز سده‌ی گذشته حق انتقاد به رسمیت شناخته شد و به اشخاص اجازه داده شد که مجرمان را در حال ارتکاب جرایم مشهود دستگیر کنند و آنها را به مراکز تعیین‌شده تحویل دهند. در برخی از احوال به افراد جامعه حق می‌دهند که با استفاده از قدرت، مجرم را از ارتکاب جرایمی مانندن تغییر نظام حکومتی و تخریب مؤسسات عمومی که به زیان مصلحت عمومی است باز دارند. درواقع، امر به معروف و نهی از منکر را مورد شناسایی قرار داده‌اند. با این‌حال این اصل را به طور مطلق و بدون قیدوشرط نپذیرفته‌اند بلکه آن را در حالت‌های معینی به رسمیت شناخته‌اند، برعکس حقوق اسلامی که آن را در هر حال و در مورد هر جرمی لازم الرعایه می‌داند.

گفتار دوم: تأدیب

۳۵۱. اولاً ـ تأدیب زوجه: اسلام به شوهر، در صورتی که زنش در اموری که اطاعت از زوج را واجب دانسته، نافرمانی کند، مثلاً پاسخ شوهر را با سرسنگینی جواب دهد یا بدون اجازه از خانه خارج شود، حق تأدیب قایل است. مبنا و اساس این حق عبارت‌اند از آیات: «الرجال

قوامون علی‌النساء» و «زمانی‌که از مخالفت و نافرمانی آنها بیمناکید نخست آنـها را پـند و موعظه دهید و آنان را از فراشتان دور کنید و در صورت نافرمانی بـزنید چـنانچه اطـاعت کردند دیگر حق هیچ گونه ستم بر آنها ندارید» (نساء، ۳۴) مقصود از نشوز که از نشز مأخوذ است نافرمانی زن از شوهر است، "نشز" به معنای ارتفاع و بلندشدن است، تو گویی که زن در حالت نشوز از محدوده‌ای که خداوند واجب ساخته سربرافراشته و پا فراتر نهاده است.

۳۵۲. حق تأدیب زوج در چه اموری برقرار است؟ فقها متفق‌القول‌اند که در جرایم غیرحدی، زوج حق دارد همسرش را تأدیب کند، مانند پرهیز از افراد نامحرم و زینت نکردن و خروج بدون اذن از خانه، نافرمانی از دستورات شـوهر و اسـراف مـال او. بـه مـوجب رأی بـرتر، چنانچه زوجه مسلمان باشد در صورت ترک واجبات مانند نماز و روزه، زوج حق دارد او را تعزیر دهد.[۱]

فقها متفقاً می‌گویند قبل از ظـهور نـافرمانی، بـه سـبب بـیم از نشـوز، زوج حـق نـدارد همسرش را تنبیه کند وقتی نشوز را علنی ساخت این حق پدید می‌آید.[۲]

۳۵۳. آیا با ارتکاب اولین گناه، حق تأدیب به وجود می‌آید؟ به نظر مالک و ابوحنیفه در صورتی‌که زوجه برای اولین بار مرتکب معصیت شود، زوج حق ندارد او را تنبیه کند و تنها در صورت تکرار معصیت و اصرار، این حق پدید می‌آید. در بار اوّل با مهربانی و ملاطفت او را پند می‌دهد و در صورت تکرار می‌تواند از فراش همسر دوری گزیند، اگر باز هم تکرار کرد او را بزند، این گـروه عـقیده دارنـد کـه حـرف "واو" در آیـه‌ی مـبارکه‌ی «فـعظوهنّ و اهجروهن فی‌المضاجع و اضربوهن» به معنای ترتیب است، و این که مقصود از تأدیب آن است که شخص از ارتکاب معصیت در آتیه دست بردارد و برای نیل به این مقصود باید به ترتیب از سهل‌ترین و آسان‌ترین راه شروع کرد.[۳] رأی ضعیف مذاهب شافعی و احمد هم با نظر مالک و ابوحنیفه موافق است.

اگر این رأی مورد متابعت قرار بگیرد کسی‌که در گناه اوّل یا دوم زوجه خود را تنبیه کند، کیفر می‌بیند ولی اگر برای گناه سوم، چنین کند، مجازات نخواهد شد زیرا در چـارچـوب مقرر از حق خود استفاده کرده است. هم‌چنین در صورت ایراد ضرب به سبب گناه با رسوم،

---

۱. *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۵۳؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۲؛ *احیاء علوم‌الدین*، ج ۴، ص ۱۴۶؛ *شرح‌الکبیر*، ج ۸، ص ۱۶۹.
۲. همان، ج ۹، ص ۱۶۸.
۳. *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۱۵ و ۱۶؛ *مقدمات* ابن رشد، ج ۲، ص ۱۰۴؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۲، ص ۳۳۴.

کیفر می‌بیند، در صورتی‌که قبلاً از پند و اندرز استفاده نکرده باشد. در این مورد متهم (زوج) حق دارد ثابت کند که همسرش قبلاً دوبار دست به معصیت زده است و در بار اوّل او را پند داده و در گناه دوم وی را از فراشش دور کرده است، چنانچه بتواند این موارد را به اثبات برساند از کیفر در امان خواهد بود.

به موجب نظر مشهور مذاهب احمد و شافعی، زوج حق دارد همسرش را تنبیه کند؛ اعم از آن که به تکرار دست به گناه بیالاید و یا تکرار نکرده باشد و اعم از آن که قبلاً او را پند و اندرز داده باشد یا نداده باشد، این گروه معتقدند که تکرار، کیفر گناهان را مختلف نمی‌سازد و حرف "واو" در آیه‌ی «فعظوهن و اهجروهن فی‌المضاجع و اضربوهن» برای ترتیب نیست بلکه حرف عطف و به معنای جمع مجازات‌ها است.[1] بنابر این، چنانچه زوج به سبب اولین گناه، همسر را تنبیه کند، مجازات نمی‌شود.

۳۵۴. آیا از شوهر علت ایراد ضرب سؤال می‌شود؟ به عقیده‌ی احمد، زوج مکلف نیست که سبب و علت ایراد ضرب را بیان کند و از این جهت مورد بازخواست قرار بگیرد، زیرا چه بسا که همسرش را به سبب مسائل جنسی و عدم تمکین کتک زده که از بیان آن شرمگین باشد و یا اگر بگوید، باور نکنند. احمد در این مسئله به نقل قول اشعث از عمر استناد می‌کند که وی گفت: ای اشعث از من به یاد داشته باش که از حضرت رسول (ص) شنیدم که فرمود «از مرد سؤال نکنید که چرا همسرش را کتک زده است». این حدیث نشان می‌دهد که ادعای مرد دایر به این که همسرش را به سبب "تأدیب" کتک زده است باید پذیرفته شود. اما اگر زوجه مدعی باشد که به دلیل تأدیب نبوده است، زوج باید علت ضرب را ثابت کند. برای این که زوجه تأدیب شود، شرط سنی ملاک نیست در هر سنی که باشد این حق برقرار است برخلاف کودکان که فقط تا رسیدن به سن بلوغ، پدر حق دارد آنها را تأدیب کند.

۳۵۵. چگونگی ایراد ضرب: زوج حق ندارد هر طور که دلش می‌خواهد زوجه را بزند، باید ایراد ضرب "غیرمبرح" یعنی، غیر شدید باشد زیرا پیامبر می‌فرماید: «بر همسرانتان این حق را دارید که در رختخواب شما، کسی را که دوست نمی‌دارید راه ندهند اگر چنین کنند آنان را کتک بزنید منتهی شدید نباشد».

ضرب غیرمبرح همان ایراد ضرب ساده است. برخی گفته‌اند مقصود آن است که زوجه در اثر کتک‌کاری متألم باشد ولی استخوانش نشکند و خون نیاید، برخی گفته‌اند ضرب غیرمبرح، ضربی است که پوست بدن را سیاه نمی‌کند و خون جاری نمی‌سازد و به شکلی

---

۱. *المهذب*، ج ۲، ص ۷۴؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۳، ص ۲۳۹؛ *المغنی*، ج ۸، ص ۱۶۲.

است که همانند آن را تأدیب می‌نامند. گروه دیگر آن را ضربی می‌دانند که خون جاری نکند، و عادت زوج به حساب نیاید. بعضی هم، آن را ضربی می‌دانند که از خود اثر بر جای نگذارد. همه‌ی این تفسیرها به رغم اختلاف عبارتی، معنای واحدی دارند.

ایراد ضربی که به سبب تأدیب است، نباید بر صورت و مواضع حساس بدن مانند شکم زوجه وارد شود[1] و لازم است که واقعاً به قصد تنبیه باشد و از حد متعارف نگذرد و مانند آن را تأدیب بنامند. در این صورت زوج مسئولیت ندارد زیرا حق خود را استعمال کرده است. هم‌چنین باید "حد وسط" رعایت شود، با یادآوری این نکته که ایراد ضرب به عنوان تأدیب در موردی ممکن است حد وسط باشد و در مورد دیگر حد متوسط به حساب نیاید و در موردی که خروج از حد تأدیب به شمار می‌آید، در جای دیگر به حد تأدیب نرسد.

تأدیب زوجه ممکن است با دست به عمل آید و یا از تازیانه و چوب‌دستی استفاده شود.

اگر تأدیب زوجه به سبب ارتکاب عملی است که حیثیت عمومی دارد، به شرطی از طرف زوج به عمل خواهد آمد که مسئله در مراجع ذی‌صلاح طرح نشده باشد و زوجه به سبب ارتکاب آن تحت تعقیب قرار نگیرد. در چنین صورتی زوج حق ندارد زوجه را تأدیب کند[2] زیرا در اصل، حاکمیت برای اعمال مجازات شایستگی دارد، و در فرضی که قضیه در مراجع ذی‌صلاح طرح شده باشد زوج حق تأدیب ندارد، چون این حق، به عنوان استثنا به زوج داده شده است تا در هر امری که باعث تیرگی روابط زناشویی می‌گردد دولت و مراجع عمومی دخالت نکند، مثلاً اگر زوجه از اموال زن همسایه چیزی سرقت کند یا او را فحش دهد و همسایه به مراجع قضایی شکایت نبرد، زوج حق دارد همسرش را تنبیه کند، اما اگر شاکیه شکایت کند، زوج حق تأدیب ندارد، مگر آن که زوجه در ارتکاب بزه حق زوج را هم زیر پا گذاشته باشد، مثلاً اگر زوج او را از فحاشی به همسایه نهی کرده یا گفته باشد که بدون اجازه‌ی او از خانه خارج نشود، بنابر این، زوج به دلیل این نافرمانی حق دارد او را تنبیه کند ولی در مورد سرقت و فحاشی، حقی بر او مترتب نیست.

چنانچه زوج یقین یا ظن غالب داشته باشد که تأدیب زوجه بی‌فایده است، حق تأدیب ندارد، هم‌چنین اگر معتقد بوده یا ظن غالب داشته باشد که جز با کتک‌کاری سخت اصلاح نمی‌شود حق ندارد از حدود تأدیب پافراتر بگذارد، در این دو حال، عمل ارتکابی زوج، تجاوز به شمار می‌آید نه تأدیب.[3]

۳۵۶. سرایت چه حکمی دارد؟ به عقیده‌ی مالک و احمد در صورتی که زوج به قصد تأدیب

---

۱. *همان*، ص ۱۶۳.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۱۵.

۳. *همان*، ج ۴، ص ۱۶؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۳، ص ۲۳۹.

زوجه را بزند و در اثر ایراد ضرب بمیرد یا نقص عضو پیدا کند به شرط آن که ایراد ضرب زوج تأدیب به شمار آید، مسئولیت ندارد ولی اگر ایراد ضرب به حدی شدید باشد که آن را تأدیب نمی‌نامند زوج ضامن است.[۱]

ابوحنیفه و شافعی در هر حال زوج را ضامن مرگ زوجه می‌دانند. ابوحنیفه می‌گوید، تأدیب آن است که مجنی‌علیه "مؤدب" پس از تأدیب زنده بماند اگر در اثر آن بمیرد یا عضوی از اعضای بدنش را از دست بدهد، عمل ارتکابی قتل یا قطع عضو است نه تأدیب. شافعی می‌گوید، تأدیب حق زوج و کیفیت آن به اجتهاد شخصی وی موکول شده است و لذا در مقابل نتیجه‌ی عملش باید مسئول باشد. فقهای متأخر مذاهب شافعی و ابوحنیفه مسئولیت زوج در مقابل نتیجه‌ی حاصل از تأدیب را این گونه توجیه می‌کنند که تأدیب زوجه، تکلیف زوج نیست بلکه حق زوج در تأدیب زوجه صرفاً متضمن نفع شخصی اوست و می‌تواند آن را مورد استفاده قرار ندهد و هم حق دارد از آن بهره بجوید.[۲]

مالک و احمد هم در توجیه نظر خود می‌گویند استعمال حق در چارچوب مقرر مباح است و در مقابل عمل مباح، مسئولیت وجود ندارد.

۳۵۷. مسئولیت ناشی از تأدیب: از دو رأیی که فوقاً بیان شد این نتیجه به دست می‌آید که چنانچه تأدیب در چارچوب مقرر صورت پذیرد، زوج نه مسئولیت کیفری دارد و نه مسئولیت مدنی زیرا وی حقی را استعمال کرده که شارع آن را مباح دانسته است. اما اگر از حدود مقرره خارج شود هر دو مسئولیت به انتظار اوست. اختلاف نظر مورد اشاره در صورتی بود که تأدیب از حدود مقرر خارج نشده باشد؛ هرچند باعث مرگ یا نقص عضو زوجه گردد.

۳۵۸. ثانیاً ـ تأدیب کودکان: پدر حق دارد فرزندان غیربالغ خود را تأدیب کند و معلم نیز اعم ازآن که مدرس باشد یا آموزنده‌ی حرفه و کسب، حق دارد شاگرد صغیرش را ادب کند و جدّ و وصی هم حق دارند کودک تحت ولایت خود را تأدیب کنند. به موجب یک رأی در صورتی که مادر وصی طفل باشد یا او را در تکفل خود داشته باشد و هم‌چنین در غیاب زوج حق دارد طفل خود را تأدیب کند، جز در این موارد برحسب رأی مشهور و برتر، مادر حق تأدیب ندارد.[۳]

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۴۹.
۲. همان‌جا؛ *حاشیة‌الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۷۵؛ *الام*، ج ۶، ص ۱۳۱ و ۱۶۶ به بعد.
۳. *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۲، ص ۱۱؛ *حاشیة‌الطهطاوی*، ج ۵، ص ۲۷۵.

۳۵۹. شرایط تأدیب کودکان: شرایط تأدیب زوجه در تأدیب کودکان هم وجود دارد بنابر این، تأدیب کودک باید به سبب گناهی صورت پذیرد که آن را انجام داده است و نه به موجب گناهی که بیم ارتکابش وجود دارد. تأدیب کودکان نباید شدید بوده و با حالت و سن کودک متناسب باشد و به قصد تأدیب صورت پذیرد و از حد متعارف خارج نشود، به نحوی که مانند آن را تأدیب بشمارند. چنانچه ایراد ضرب دارای این شرایط باشد، ضارب مسئولیت ندارد؛ چون عمل ارتکابی‌اش مشروع است.

۳۶۰. حکم سرایت: در صورتی که ایراد ضرب به فوت یا قطع عضو کودک منتهی گردد به عقیده‌ی مالک و احمد در صورتی که عمل ارتکابی تأدیب به حساب آید و در محدوده‌ی شرعی رخ بدهد، ادب‌کننده مسئول نیست، اما اگر شدید باشد و تأدیب تلقی نشود، مسئولیت کیفری دارد.[1]

به نظر شافعی، ادب‌کننده در هر حال ضامن است، زیرا تأدیب واجب نیست بلکه حق به شمار می‌آید، می‌تواند آن را انجام دهد و حق دارد آن را رها کند پس اگر حق خود را استعمال کرد، مسئول خواهد بود.[2]

به عقیده‌ی شخص ابوحنیفه، پدر و جد و وصی مانند زوج در مقابل همسر در صورت فوت یا قطع عضو کودک، ضامن هستند. این رأی در مذهب ابوحنیفه مورد متابعت قرار نگرفته؛ حتی به نظر برخی از فقها، ابوحنیفه هم از رأی خود عدول کرده است.

رأی ابویوسف و محمد در این مذهب مورد متابعت است که به موجب آن پدر و جد و وصی در تأدیب کودک مأذون هستند و آنچه از فعل مأذون پدید آید، مسئولیت‌آور نیست. اما در مورد معلم و مدرس، ابوحنیفه و یارانش میان حالتی که پدر و وصی اجازه داده باشند و حالتی که بدون اجازه است تفاوت می‌گذارند. در صورت اخیر برای ضارب مسئولیت کیفری قایل هستند زیرا کسی را زده که مأذون به زدن او نبوده است. در حالت نخست به مسئولیت قایل نیستند اگر معلم بداند که در مقابل سرایت جنایتش ضامن است از آموزش سرباز می‌زند و حال آن که مردم به خدمات وی نیاز دارند و برای همین ضرورت سرایت را در حق وی ساقط می‌دانند. مذهب ابوحنیفه و یاران وی با مذاهب مالک و احمد در نتیجه برابر است.[3]

برخی از حنفیه میان ایراد ضرب به عنوان تأدیب و ایراد ضرب به عنوان تعلیم فرق

---

۱. *المغنی*، ج ۱، ص ۳۴۹ و ۳۵۰.
۲. *الام*، ج ۶، ص ۱۶۶ به بعد.
۳. *بدائع الصنائع*، ج ۸، ص ۳۰۵؛ *حاشیة الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۷۵.

می‌گذارند. نوع نخست را حق می‌دانند که استعمال آن به شرط سلامت مفید است و نوع دوم را تکلیف می‌شناسند که اجرای آن به شرط سلامت مقید نمی‌باشد. این تفاوت را زمانی موجود می‌شمارند که ایراد ضرب در میزان و کیفیت و موضع ورود، متعارف باشد و ایراد ضرب غیرمتعارف را در هر حال موجب ضمان می‌دانند.[۱]

در اثر همین تفکیک می‌توان ایراد ضرب زوج را از ایراد ضرب دیگران تمیز داد. زوج همیشه به عنوان تأدیب از آن استفاده می‌کند، اما پدر و جد و ولی و وصی و معلم گاهی برای تأدیب، کودکان را می‌زنند و گاهی مقصودشان تعلیم است. در هر حال در مورد طفل، مفهوم تأدیب با مفهوم تعلیم در هم می‌آمیزد، زیرا از تأدیب طفل بیشتر از آن که مقصود تنبه او باشد، آموزش است.

۳۶۱. تفاوت دیدگاه مذاهب با یکدیگر درباره‌ی تأدیب اطفال: اختلاف مذاهب مالک و شافعی و احمد با مذهب ابوحنیفه در این است که آنها تأدیب را به طور کلی حق می‌شمارند نه تکلیف اما مذهب ابوحنیفه، تأدیب اطفال را به طور کلی یا حداقل در موردی که مقصود تعلیم است، تکلیف می‌داند.

مذهب شافعی از آنجا که استعمال حق را به شرط سلامت مقید می‌داند، با آراء مذاهب مالک و احمد مخالف است زیرا آنان تا وقتی که حق در چارچوب خود مورد استفاده قرار می‌گیرد آن را به شرط سلامت مقید نمی‌سازند، از این رو مذاهب آن دو در نتیجه با مذهب ابوحنیفه یکسان می‌شود؛ هرچند مذهب اخیر تأدیب را تکلیف و واجب می‌داند نه حق.

گفتار سوم: معالجه

۳۶۲. مجاز بودن معالجه: در شریعت اسلام مورد وفاق است که آموزش علم طب یکی از واجبات کفایی است. بر هر شخصی آموزش آن واجب است تا وقتی که دیگران آن را فرا گیرند. به جهت نیاز جامعه به دانش پزشکی و معالجه، فراگیری آن واجب شده و یک ضرورت اجتماعی است. چون مقصود از فراگیری طب، معالجه است و آموزش آن واجب، در نتیجه برای پزشک، امر معالجه واجب است و نمی‌تواند از آن شانه خالی کند. بنابر این، اگر در یک شهر بیش از یک پزشک وجود داشته باشد، طبابت واجب کفایی است، و اگر جز یک نفر، طبیب دیگری نباشد، معالجه بر او واجب عینی تلقی می‌شود؛ یعنی تکلیفی است که قابل سقوط نمی‌باشد مگر آن که به آن اقدام کند. نتیجه‌ی بدیهی وجوب طبابت آن است

---

۱. *همان‌جا.*

که پزشک در مقابل آنچه از طبابتش پدید می‌آید مسئول نباشد، زیرا اقدام به ادای تکلیف نمی‌تواند به شرط سلامت مقید باشد اما چون شیوه و راه ادای تکلیف به اختیار و اجتهاد علمی و عملی پزشک گذاشته شده است، در صورت پدیدآمدن نتایجی که برای بیمار زیان‌بار است، این سؤال و بحث پیش می‌آید که آیا پزشک در حین مبادرت به طبابت، به دارنده‌ی حق شباهت بیشتری دارد یا به کسی که به تکلیف خود عمل می‌کند؟ چرا که وی در انتخاب راه کیفیت معالجه‌ای که به نتیجه‌ی زیان‌بار منتهی گردیده است، آزادی عمل وسیعی دارد.

در صورتی که اقدام پزشک به نتایج زیان‌بار منتهی گردد، فقها اجماعاً او را مسئول نمی‌شناسند ولی در عامل رفع مسئولیت اختلاف نظر دارند. ابوحنیفه دو سبب را علت رفع مسئولیت می‌شناسند. سبب اوّل ضرورت اجتماعی است، جامعه به معالجه و جراحی پزشک نیاز شدید دارد، همین ضرورت اقتضا می‌کند که طبیب با شجاعت و بدون مسئولیت کیفری یا مدنی به طبابت برخیزد، والّا چنانچه طبیب با مسئولیت مواجه گردد به این وظیفه مبادرت نمی‌کند و از این طریق جامعه شدیداً متضرر می‌شود.

سبب دوم، موافقت مجنی‌علیه یا ولی اوست، اجتماع این اجازه، با ضرورت اجتماعی، عامل رفع مسئولیت پزشک در طبابت است.[1]

به نظر شافعی، علت عدم مسئولیت طبیب در آن است که با اذن مجنی‌علیه اقدام می‌کند و هدفش آن است که بیمار را بهبود بخشد و قصد اضرار ندارد. اجتماع این دو شرط، عمل جراحی را مشروع و مباح می‌سازد و زمانی که عمل وی با نظامات فنی موافق باشد از مسئولیت مبرا است.[2] و در این باره رأی احمد با رأی شافعی هم‌پوشان است.[3]

به عقیده‌ی مالک، علت رفع مسئولیت پزشک در مرحله‌ی اول، اذن طبابت از حاکم است و در مرحله‌ی دوم، اذن مجنی‌علیه. اجازه‌ی دولت، اشتغال به طبابت را مجاز می‌سازد و اذن بیمار، پزشک را در عمل به آنچه مصلحت می‌داند مأذون می‌سازد وقتی که این دو شرط فراهم باشند، تا وقتی که عمل پزشک با اصول فنی مخالف نباشد و خطا هم نکند، مسئولیت ندارد.[4]

به این ترتیب، پزشک در مقابل معالجه‌ای که انجام می‌دهد مسئولیت ندارد (زیرا به آن مکلف است) و در مقابل نتایج حاصله نیز مورد بازخواست قرار نمی‌گیرد؛ هرچند در اختیار این عمل و شیوه‌ی آن که به نتیجه‌ی نامطلوب منتهی گردیده از آزادی کامل برخوردار بوده

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۰۵.
۲. *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۲.
۳. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۴۹ و ۳۵۰.
۴. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۱.

است. پس اگر طبیب شخصی را جراحی کند؛ یا به وی دارویی بدهد که باعث مسمومیت و مرگ او گردد از جهت کیفری و حقوقی مسئولیت ندارد.

۳۶۳. حسن نیت: فرض این است که پزشک در مبادرت به عمل جراحی حسن نیت دارد و قصدش بهبود مریض است. چنانچه به قصد قتل بیمار اقدام کند یا سوءنیت داشته باشد، هم مسئولیت کیفری دارد و هم مسئولیت مدنی؛ هرچند بیمار فوت نکند یا دچار نقص عضو نگردد، بلکه حتی بهبود هم حاصل کند زیرا در صورت فوق، عمل پزشک حرام و مجازات شدن است.

۳۶۴. اشتباه و خطای پزشک: در صورتی که پزشک در عمل جراحی خطا کند فقط در صورتی مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد که خطایش فاحش و بزرگ باشد. خطای فاحش آن است که با اصول فنی دانش پزشکی و نظر دانشمندان این علم سازگار نباشد. مثالی که فقها برای خطای فاحش می‌زنند داستان دختری است که از یک نقطه‌ی مرتفعی بر زمین خورد و سرش متورم شده بود، بیشتر جراحان می‌گفتند اگر سرش را بشکافید می‌میرد یکی از آنان مدعی بود اگر همین امروز سرش را باز نکنید خواهد مرد. من جراحی می‌کنم و او را بهبود می‌بخشم. وی عمل جراحی را انجام داد لکن پس از یک یا دو روز بیمار فوت کرد. مسئله را از یکی از فقها استفتا کردند جواب داد، اگر عمل جراحی با اذن و متعارف بوده و خارج از قاعده نباشد یعنی اقدام طبیب برخلاف اصول فنی ناظر به این قبیل جراحی به شمار نیاید، طبیب مسئول و ضامن نیست. از او سؤال کردند اگر پزشک بگوید در صورت فوت، من ضامن هستم، آیا ضامن محسوب می‌شود؟ پاسخ داد خیر، زیرا فقط در صور خطای فاحش ضامن است و در مقابل تعهدش به موفقیت‌آمیز بودن عمل، ضامن نیست.[۱]

۳۶۵. اذن بیمار: برای این که طبیب از مسئولیت مبرا گردد باید با اذن بیمار یا ولی و وصی او عمل کند و در صورتی که ولی یا وصی نداشته باشد می‌بایست از حاکم به اعتبار این که "ولی من لاولی له" است اجازه بگیرد. این اذن غیر از اجازه‌ی کلی طبابت است که به پزشک اعطا می‌شود.

۳۶۶. اذن ولی امر: در شریعت اصل یا قاعده‌ای که مانع از آن باشد تا ولی امر در طبیب، نیل به درجه‌ی معینی از دانش پزشکی و وجود اهلیت‌ها و تخصص‌های خاصی را شرط کند و

---

۱. *حاشیة‌الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۷۶.

بدون اجازه به طبابت مشغول نشود، وجود ندارد. هم‌چنان که قبلاً بیان شد، مالک، اذن حاکم را یکی از دو شرط رفع مسئولیت می‌داند.

اگر غیر طبیب طبابت کند، مسئول است. پیامبر (ص) می‌فرماید: «کسی که طبابت می‌کند و پزشک نیست، ضامن است» اگر قصدش ستمگری و اضرار باشد، عامد است والا به موجب رأیی خطاکار و براساس رأی دیگری[1] باز هم عامد است، رأی نخست مشهور و برتر است.

۳۶۷. شرایط عدم مسئولیت: از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که برای عدم مسئولیت پزشک، وجود شرایط ذیل ضروری است.

۱ـ پزشک بودن شخص؛

۲ـ اقدام به قصد معالجه و حسن نیت؛

۳ـ انجام‌دادن عمل موافق با اصول طبی و فنی؛

۴ـ وجود اذن مریض یا کسی که نماینده‌ی اوست.

در صورت وجود این شرایط، طبیب مسئولیت ندارد و اگر یکی از آنها موجود نباشد، مسئولیت خواهد داشت.

۳۶۸. کسانی که در حکم طبیب هستند: بیطار و حجام و ختنه کننده از حیث مسئولیت در حکم طبیب هستند. شرایطی که باید در عمل پزشک موجود باشد در اقدام اینان نیز شرط است، مثلاً کسی که ختنه می‌کند اولاً باید متخصص این امر باشد؛ ثانیاً با حسن نیت و به قصد ختنه کردن اقدام کند؛ ثالثاً عملش با اصول فنی سازگار باشد؛ رابعاً مختون یا کسی که نماینده‌ی اوست اذن بدهد.

۳۶۹. بررسی تطبیقی: قوانین موضوعه در این که طبابت را عمل مشروع و مباح می‌دانند با حقوق اسلامی برابرند. هم‌چنان که در شرایط رافع مسئولیت نیز این هم‌آهنگی و هم‌سانی وجود دارد، مثلاً لازم می‌شمارند که فاعل پزشک باشد، با قصد معالجه و حسن نیت عمل کند و عملش با اصول فنی سازگار باشد و بیمار اذن بدهد.

قوانین وضعی طبابت را "حق" می‌دانند و حال آن که حقوق اسلامی آن را تکلیف می‌شمارد. بدون تردید نظر اسلام بهتر است زیرا پزشک را ملزم می‌کند که تخصص و دانش خود را در خدمت جامعه قرار بدهد. هم‌چنان که این نظر، با زندگی اجتماعی انسان‌ها که بر تعاون و هم‌یاری و استخدام هر نیرویی در خدمت جامعه استوار است، منسجم‌تر می‌باشد.

---

۱. علی مختصر خلیل، *شرح الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۱۶ و ۱۱۷؛ *نهایة المحتاج*، ج ۸، ص ۳۲.

حقوق‌دانان و قضات در عامل رفع مسئولیت از پزشک[1] اختلاف نظر دارند. بنابر رویه‌ی قضایی انگلستان، سبب عدم مسئولیت، رضایت بیمار است، بعضی از حقوق‌دانان آلمانی و فرانسوی از همین رویه پیروی می‌کنند.

در گذشته[2] دادگاه‌های مصر و فرانسه هم مطابق آن رأی داده‌اند. غالب حقوق‌دانان فرانسوی سبب رفع مسئولیت را نداشتن سوءنیت دانسته‌اند زیرا طبیب به قصد شفا و بهبود مریض عمل می‌کند، در نظام قضایی مصر در برهه‌ای از این نظر متابعت شده است[3] نظر اخیر که هم‌اکنون در کشور مصر و فرانسه مورد قبول است، طبابت را عمل مشروع می‌داند که دولت اجازه داده و مقرراتش را تنظیم کرده است و آن را تشویق هم می‌کند. زیرا زندگی اجتماعی آن را ایجاب می‌نماید. این تفسیرها به رغم اختلافشان همان تفسیرهایی است که فقها در باب عدم مسئولیت پزشک، در صورتی که عملش به نتایج نامطلوب منتهی گردد، بیان کرده‌اند.

گفتار چهارم: مسابقات ورزشی[4]

۳۷۰. اسلام و ورزش: در شریعت اسلامی به امر ورزش، به اعتبار این که انسان را نیرومند می‌سازد و نشاط‌آور است و باعث رشد مهارت می‌گردد و به شجاعت و رادمردی فرا می‌خواند، همت و توجه خاص مبذول شده است. در شریعت از ورزش به "العاب‌فروسیه" تعبیر شده است که بازی‌های ورزشی ـ سوارکاری و سایر مسابقات را در بر می‌گیرد.

اسلام از این بازی‌ها آنچه را سبب نیرومندی و کسب مهارت می‌گردد و جامعه در زمان صلح یا جنگ بدان نیازمند است، مجاز می‌داند، مانند مسابقات دو، اسب سواری، قایق‌رانی، اتومبیل‌رانی، خلبانی و مسابقاتی که با پرندگان تشکیل می‌شود و مواردی چون شمشیربازی، نیزه‌بازی، چوب‌بازی، مسابقه‌ی تیراندازی با کمان و اسلحه‌ی آتشین و منجنیق، کشتی‌گیری، مشت‌زنی، وزنه‌برداری[5] طناب‌کشی، شناگری و از این قبیل.

---

۱. *القانون‌الجنائی* علی بدوی، ص ۴۰۰ به بعد؛ شرح *قانون‌العقوبات* کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۴۲۲.

۲. رأی مورخ ۲۴ آوریل ۱۸۹۷ دیوان‌عالی کشور، مجله‌ی *القضاء*، سال چهارم، ص ۲۵۱.

۳. رأی مورخ ۱۸ ژانویه ۱۹۱۸، دیوان‌عالی کشور، مجموعه‌ی *روزنامه‌ی رسمی*، سال ۱۸، شماره ۱۸، ص ۳۱.

۴. العاب‌الفروسیه، ابن قیم، ص ۷.

۵. فقها از وزنه‌برداری یا برداشتن چیزهای سنگین به "علاج" تعبیر می‌کنند. مراجعه شود به: *العاب‌الفروسیه* ابن قیم، ص ۷.

امتیاز شریعت اسلامی در این است که در مورد "العاب فروسیه" و ترغیب به آن حکم صریحی دارد، خداوند می‌فرماید: «و اعدوالهم ما استطعتم من قوة و من رباط الخیل»؛ یعنی در مقام مبارزه خود را مهیا کنید و تا آن حد که می‌توانید از آذوقه و آلات جنگی و اسبان سواری فراهم کنید» (انفال، ۶۰) و حضرت رسول (ص) می‌فرماید «آگاه باشید، قدرت در تیراندازی است» و در جای دیگری می‌فرماید «مسلمان قوی از مسلمان ضعیف و ناتوان بهتر است» و «خداوند با یک تیر سه نفر را به بهشت می‌برد کسی که آن را با نیت خیر ساخته است و کسی که آن را می‌اندازد، و کسی که کمان را تهیه کرده است. تیراندازی کنید و سواره بتازید، اگر تیراندازی کنید بیشتر مطلوب من است تا فقط سواره باشید. سه چیز لهو و لعب به حساب نمی‌آید: تعلیم اسب؛ بازی با اهل خانه؛ و تیراندازی؛ و هر کس تیراندازی را پس از آموزش رها سازد، نعمتی را از دست داده است».

ثابت و محرز شده است که پیامبر در مسابقه‌ی دو و شترسواری و اسب‌سواری شرکت کرده‌اند. هم‌چنین ثابت شده است که در یک رقابت تیراندازی شرکت کرد و جزء یکی از طرفین شد، طرف‌های مقابل از تیراندازی دست کشیدند و گفتند: چگونه مسابقه بدهیم و حال آن که تو در میان آنان هستی؟ فرمود «تیراندازی کنید من هم با شما هستم» و نیز ثابت شده است که کشتی گرفته و نیزه‌بازی کرده و اسب را بدون زین و با زین سوار شده است.

اصحاب پیامبر (ص) بر اجرای این فرامین و عمل به آنها شدیداً علاقه نشان داده‌اند. مصعب‌بن‌سعد نقل می‌کند که پدرش می‌گفت: ای فرزندانم تیراندازی بیاموزید که بهترین بازی است. عمربن‌خطاب به ابوعبیده‌بن‌جراح نوشت «به پسرانتان شنا و تیراندازی بیاموزید» به کارگزار خود در آذربایجان فرمانی صادر کرد که در آن آمده بود «ریاضت بکشید و به خلق‌وخوی زیبنده درآیید[1] از سوارکاری مدام دست بردارید و بر اسب‌ها با جهش سوار شوید و به هدف خوب نشانه روید».

در شریعت اسلامی آنچه از علم و فن و صنعت بر دین یا دنیای امت اسلامی مفید باشد از واجبات کفایی محسوب می‌شود و آموزش آن برای امت اسلام واجب است و امت در قبول یا ترک آن اختیار ندارد، به این ترتیب کسب انواع مهارت‌ها و توانمندی‌ها و زبردستی‌ها یکی از واجبات کفایی محسوب می‌شود که فراگیری آنها بر افراد جامعه‌ی اسلامی واجب است و نمی‌توانند در پی کسب آن مهارت‌ها نباشند.

تعیین مابازاء در تیراندازی و مسابقه برای ترغیب افراد به سوی آن و به منظور کسب

---

۱. «اخشوشنوا و اخلولقو و اقطعوالرکب و انروا علی‌الخیل نرواً و ارتموا الاغراض اخلولقوا» یعنی: آنچه از شما انتظار می‌رود فراهم کنید، به آن متخلق شوید و به صورت شایسته و نیک انجام دهید. ارتماء الاغراض به معنای نشانه‌روی به سوی هدف است.

برتری در مسابقه از دیدگاه شریعت اسلام مجاز است. فقها در اموری که تعیین مابازاء را مجاز می‌دانند و در اموری که آن را مجاز نمی‌شمارند آراء مختلفی دارند.[۱]

به عقیده‌ی مالک، مابازاء باید از بیت‌المال تعیین شود زیرا منفعت "العاب فروسیه" که همان نظامی بارآوردن افراد است، عاید جامعه می‌گردد ولی ابوحنیفه و شافعی و احمد اجازه می‌دهند که مابازاء یا از بیت‌المال تعیین گردد یا از طرف تماشاگران و یا از دارایی یکی از مسابقه‌دهندگان در نظر گرفته شود که مثلاً اگر یکی از طرفین در مسابقه برنده شد، آن را بگیرد و اگر شکست خورد، چیزی به او تعلق نگیرد.[۲]

۳۷۱. حکم صدماتی که در مسابقات ورزشی به وجود می‌آید: در مسابقات ورزشی ممکن است بازی‌گران یا تماشاگران صدمه ببینند. چنانچه این صدمات در مسابقه‌ای پدید آیند که مستلزم استفاده از نیرو و زور نیست و تمرین آن هم ضرب و جرح و اعمال زور به طرف دیگر مسابقه را ایجاب نمی‌کند، تابع احکام کلی هستند، زیرا از ضروریات بازی محسوب نمی‌شوند، بنابر این، اگر یکی از بازیکنان عمداً آنها را وارد کند به عنوان بزه‌کار عامد، مسئول است، اگر در نتیجه‌ی اهمال و بی‌فکری به وجود آیند به اعتبار ارتکاب جرم غیرعمدی، مسئول خواهد بود.

اما در مسابقاتی که استعمال زور برای طرف مقابل یا زدن وی از ضروریات آن به حساب آید، مانند کشتی‌گیری و مشت‌زنی در صورتی که بازیگر از حدود معمول مسابقه خارج نشود، صدمات حاصله مجازات ندارند زیرا وجوب تمرین این بازی، ذاتاً آنچه را از مقتضیات آن به حساب آید، مباح و مشروع می‌سازد. اما اگر بازیگر از حدود ورزش خارج گردد و به رقیب خود صدمه‌ای وارد کند در صورت عمدی بودن به مجازات عمد و در صورت غیرعمد بودن به کیفر خطا محکوم می‌شود.

۳۷۲. بررسی تطبیقی: حکم مسابقات ورزشی از دیدگاه حقوق اسلامی بررسی شد، این مسابقات در قوانین موضوعه حکم یکسان و واحدی ندارند.

---

۱. به‌عقیده‌ی برخی تعیین مابازاء در تیراندازی و اسب‌سواری و شترسواری جایز است برخی از فقها در مسابقه‌ی دو و کشتی‌گیری و شنا و وزنه‌برداری و امتحان زور بازو و قاطرسواری و الاغ‌سواری و مسابقاتی که با گاو و فیل تهیه دیده می‌شود، تعیین عوض را جایز می‌دانند. گروه اوّل عبارت‌اند از مالکیه و حنبلیه و گروه دوم را حنفیه و شافعیه که البته آراء آنها با یکدیگر مختلف است، تشکیل می‌دهند.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۳۹۰ به بعد؛ *حاشیة‌ابن‌عابدین*، ج ۶، ص ۶۵۷؛ *مجمع‌الانهر*، ج ۲، ص ۵۲۶؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۲۱۵ به بعد؛ *المغنی*، ج ۱۱، ص ۱۲۸ به بعد؛ *الفروسیه*، ص ۶۹ به بعد.

بعضی از کشورها آنها را مباح و مجاز می‌دانند، برخی از کشورها ضربات و صدمات حاصل از ورزش را جرم می‌شمارند، در بعضی از ایالت‌های امریکا، نظر نخست و در پاره‌ای دیگر از آنها نظر دوم مورد متابعت است. محاکم بلژیک عاملان صدمات حاصله از ورزش را قابل مجازات می‌دانند و حال آن که دادگاه‌های فرانسه به برائت نظر می‌دهند. به موجب نظر پیش‌تاز در کشورهای انگلستان و آلمان و ایتالیا، مسابقات و بازی‌های ورزشی در چارچوب معینی مجاز هستند و از این حیث هیچ نوع مسئولیتی بر آنها مترتب نیست. در کشورهای مصر و فرانسه، برخی از حقوق‌دانان به عدم مسئولیت نظر داده‌اند که این رأی بهتر است و برخی دیگر آنها را مسئولیت‌آور می‌شناسند.

علمای حقوق در سبب رفع مسئولیت با هم اختلاف دارند. به عقیده‌ی برخی از آنان چون سوءنیت نیست، مسئولیت هم وجود ندارد و به نظر برخی، عامل رفع مسئولیت، رضایت مجنی‌علیه است. به نظر برخی، دولت آنها را مشروع و مجاز ساخته و مورد تشویق قرار داده است، پس اگر کسی درباره‌ی ورزش ممارست نشان دهد، در حقیقت از حقی که قانونگذار برایش قایل است استفاده کرده است، و استفاده از حق، مسئولیت ندارد.[1]

این رأی جدیدترین و بهترین آراء به حساب می‌آید و عمل به آن به نتایجی منتهی می‌گردد که هم‌سو با نظریه‌ی شریعت اسلامی است و تفاوت آن دو، فقط در این است که اسلام "العاب فروسیه" را تکلیف می‌شمارد و این رأی آن را حق می‌داند نه تکلیف.

نظریه‌ی اسلامی از جهت منطقی دقیق‌تر است. زیرا ضرورت اجتماعی، که همان رعایت مصلحت افراد و جامعه از نظر تندرستی و اخلاقی و نظامی و اجتماعی است، آن را اقتضا می‌کند و امروزه هیچ دولتی وجود ندارد که ورزش را مورد تشویق و ترغیب قرار ندهد و از آن در مدارس و درکنار سایر علوم ضروری استفاده نکند، بلکه حتی این قبیل ممارست‌ها در برخی از مدارس و مراکز علمی که تربیت پلیس و نیروی نظامی را عهده‌دار هستند یکی از علوم پایه به حساب می‌آید. حال که کسب مهارت‌های ورزشی و رزمی در زندگی اجتماعی این جایگاه را یافته است منطقی‌تر خواهد بود که فراگیری آنها را تکلیف افراد جامعه بشناسیم، نه حق آنان. زیرا تکلیف چیزی است که نمی‌توان از آن شانه خالی کرد، اما در مورد حق صاحب حق، مخیر است که از آن استفاده کند یا نکند.

گفتار پنجم: مهدورالدم بودن

۳۷۳. معنای مهدورالدم بودن: اهدار یا مهدور بودن به معنای مباح شدن است و جان یا عضو

---

۱. *القانون‌الجنائی* علی بدوی، ص ۳۹۸؛ شرح *قانون‌العقوبات* کامل مرسی و سعید مصطفی، ص ۴۲۱ و ۴۲۲.

یا مال انسان می‌تواند موضوع آن قرار بگیرد. چنانچه جان یک نفر مهدور گردد، جرح و قطع عضو یا کشتن او جایز می‌شود، و چنانچه عضو فردی مهدور گردد، فقط قطع آن مشروع است و اگر موضوع آن مال شخصی باشد، مانند اموال کافر حربی، فقط همان مال مباح است. در این بحث، مقصود اهدار اشخاص است نه مهدور بودن اموال.

اهدارالشخص به معنای مباح ساختن جان یا عضو کسی است و "مهدور" انسانی است که جان و یا اعضایش مباح شده‌اند.

۳۷۴. علت اهدار: مهدور بودن فقط یک علت دارد و عبارت است از زوال و از میان رفتن "عصمت" شخص. عصمت یا به علت زوال سبب آن و یا در اثر ارتکاب جرایم مهدورکننده از بین می‌رود.

زوال عصمت به سبب زوال سبب آن: قاعده‌ی کلی این است که جان‌ها و اموال مردم معصوم‌اند؛ یعنی تعدی بر آنها بر کسی مجاز و مباح نیست. عصمت دو پایه دارد؛ یا ایمان است و یا امان. ایمان به معنای قبول اسلام و امان به معنای وجود پیمان است، مانند عقد ذمّه و پیمان صلح و از این قبیل. پس ایمان به جان‌ها و اموال مسلمانان عصمت می‌دهد، پیامبر (ص) می‌فرماید: «از طرف خداوند مأموریت دارم که با مردم به ستیزم تا این که بگویند: جز خداوند یکتا خدایی نیست و محمد رسول اوست. پس اگر آن را بگویند، جان‌ها و مال‌هایشان عصمت می‌یابد، مگر آن که قانون و حقی خلاف آن را اقتضا کند». در اثر "امان" جان‌ها و اموال غیرمسلمین عصمت می‌یابد. خداوند می‌فرماید: «ای مؤمنان به پیمان‌های خود پای‌بند باشید» (مائده، ۱) و «چنانچه با خدا پیمان بستید به آن وفادار باشید» (نحل، ۹۱) و «اگر دشمنان به صلح و مسالمت تمایل داشتند تو نیز مایل به صلح باش» (انفال، ۶۱) و «تا زمانی‌که آنها به عهد خود پایدارند شما نیز پایدار بمانید» (توبه، ۷) و «پس عهد را تا مدتی که مقرر داشته‌اید نگاه دارید» (توبه، ۴) و «هرگاه یکی از مشرکان به تو پناه آورد به او پناه ده تا کلام خدا را بشنود سپس او را به منزل و مأمنش برسان» (توبه، ۶) و حضرت رسول اکرم (ص) هم می‌فرماید «المسلمون عند شروطهم» و «به موجب و حکم دین مکر و حیله بر ما زیبنده نیست» و «مسلمانان همگی یک عهد و پیمان دارند که در حفظ آن ضعیف‌ترین و کوچک‌ترین آنان نیز باید تلاش کند، هر کسی مسلمانی را خوار و سبک بدارد، لعنت خدا و خلق بر او باد، از چنین فردی شهادت و عدالت پذیرفته نیست و شایسته‌ی دادوستد نمی‌باشد» و «وقتی به دشمنان مشرک برخورد کردی آنان را به قبول یکی از این سه حالت دعوت کن: به اسلام فرابخوان اگر پذیرفتند رهایشان کن، و اگر نپذیرفتند، از آنان بخواه که

جزیه بدهند، اگر پذیرفتند آنان را به حال خود بگذار، و اگر نپذیرفتند از خداوند یاری بخواه و با آنان نبرد کن».

در حقوق اسلامی امان بر دو نوع است: امان موقت و امان دایم. امان موقت آن است که برای مدت معین تنظیم شده باشد؛ کوتاه و بلند بودن مدت اهمیت ندارد، این امان بر معاهدات صلح و عدم تجاوز به یکدیگر یا معاهداتی که میان دولت اسلامی و دول غیرمسلمان منعقد می‌گردند استوار است. پیمان صلح و اجازه‌ی اقامت در داراسلام از این نوع است.[۱]

امان مؤبد آن است که به مدتی محدود نباشد و فقط با عقد ذمّه پدید می‌آید. کفار ذمی ساکن در قلمرو دولت اسلامی از آن بهره‌مند می‌شوند و در مقابل باید به احکام اسلام ملتزم باشند.[۲]

انسان‌های روی زمین از حیث اعتقادی بر دو نوع هستند: یا مسلمانند یا اسلام را قبول ندارند. دسته‌ی اخیر خود بر دو نوع‌اند: یا با اسلام سر آشتی دارند یا با آن در حالت جنگ هستند، گروه اوّل کسانی هستند که میان آنها و داراسلام زندگی مسالمت‌آمیز برقرار است و یا یکی از عقود مانند عقد صلح، ترک مخاصمه و عقد ذمّه بین آنها منعقد گشته است. اما محاربین کسانی هستند که با داراسلام در حالت جنگ قرار دارند. به اینان حربی گفته می‌شود. غیر از کفار حربی، جان و مال هر یک از ساکنان روی زمین یا به موجب مسلمان بودنشان[۳] معصوم است یا به سبب آن که با اسلام در مسالمت به سر می‌برند. به تعبیر دیگر، یا به موجب ایمانشان معصوم هستند یا به سبب امانشان از عصمت بهره‌مندند.

چون پایه‌ی عصمت، ایمان و امان است، با زوال پایه، عصمت هم از میان می‌رود، مسلمان در اثر ارتداد، عصمت خود را از دست می‌دهد، مستأمن و معاهد و ذمی با انقضای مدت پیمان یا نقض عهد، عصمت خود را از دست می‌دهند و به محض زوال عصمت در مدار حربی‌ها قرار می‌گیرند و مانند یک حربی خواهند بود که از ابتدا عصمت نداشته است.

چون عصمت عامل حرمت خون و مال بود، زوال عصمت نیز باعث زوال آن می‌گردد و این یعنی "اهدار" و چون فقط مرتد و حربی عصمت ندارند بنابر این، آنان مهدورالدم‌اند و سبب اهدار آنان زوال عصمت است.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۰۶؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۲۱۰؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۳۶۰ و ۳۶۴؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۵۷۸.

۲. *همان*، ص ۵۶۷؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۸، ص ۸۰؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۱۰.

۳. به شماره‌ی ۲۱۱ مراجعه کنید.

از بین رفتن عصمت به سبب ارتکاب برخی از جرایم: گفته شد که ارتداد، انقضای مدت قرارداد، و نقض عهد، عامل زوال عصمت به شمار می‌آید. اینک می‌گوییم که ارتکاب برخی از جرایم نیز عامل زوال عصمت است، مراد آنهایی است که مجازاتش اعدام یا قطع عضو است.

این جرایم منحصراً عبارت‌اند از: ۱ـ زنای به احصان؛ ۲ـ قطع‌الطریق یا محاربه؛ ۳ـ بغی؛ ۴ـ قتل و قطع عمدی؛ ۵ـ سرقت.

در این قبیل جرایم وجود دو شرط در کنار هم‌دیگر لازم است، به نحوی که وجود یکی مانع از مراجعه به دیگری نیست اول: مجازات جرم از قبل تعیین شده باشد. با این وضعیت تنها در جرایم حدود و جرایم قصاص مواجه هستیم. کیفر جرایم تعزیری نامعین هستند.[1] دوم: مجازات جرم، اعدام یا قطع عضو باشد.

هرگاه یکی از این دو شرط موجود نباشد، جرم منظور "اهدارکننده" به حساب نمی‌آید پس سرقتی که مستوجب حد قطع نباشد، مانند سرقت پدر از فرزند و قتل عمدی که مجازاتش دیه است از جرایم مهدر به شمار نمی‌آیند، زیرا مجازاتشان تلف‌کننده نیست؛ یعنی باعث نمی‌شود که جانی اعدام شود یا انگشتان دستش قطع گردد؛ هرچند، در مورد "دیه"، مجازات تعیین شده و مقدر می‌باشد. از این قبیل است زنای غیرمحصن و شرب خمر؛ هرچند مجازات این جرایم از قبل تعیین شده است، چون متلف نیستند به آنها جرایم غیرمهدر گفته می‌شود، هم‌چنین است اگر مجازات تعیین نشده باشد ولی باعث تلف جانی گردد، مانند اعدام تعزیری.

دست یازیدن به جرم مهدر از وقت ارتکاب و نه از زمان صدور حکم، باعث زوال عصمت می‌گردد. زیرا ارتکاب بزه مبنای زوال عصمت است نه صدور حکم بر محکومیت، گذشته از آن که مجازات‌های حدود از قبل تعیین‌شده هستند، فوراً باید اعمال شوند و احتمال تأخیر و کوتاهی در اجرای آنها وجود ندارد، هم‌چنان که شمول عفو یا توقف اجرا نیز محتمل نمی‌باشد. فقط در کیفر قصاص مجنی‌علیه یا ولی او حق دارند آن را مورد عفو قرار دهند. از این رو در جرایم حدود، خصوصیتی وجود ندارد که زوال عصمت را به صدور حکم محکومیت معلق سازد.

وجود حق عفو برای مجنی‌علیه یا ولی‌دم در مجازات قصاص، در قاعده‌ی کلی مزبور ایجاد خلل نمی‌کند زیرا در جرایم قصاص، زوال عصمت نسبی است نه کلی و مجرم نسبت به مجنی‌علیه یا ولی دم او عصمت خود را از دست می‌دهد و نسبت به دیگران معصوم است

---

۱. به شماره‌های ۵۱ و ۱۰۳ مراجعه کنید.

و در صورت وجود عفو از عصمت کامل برخوردار می‌شود، درست مانند حالتی که پیش از ارتکاب جرم دارا بود.

غیر از جرایم سابق‌الذکر، ارتکاب هیچ جرم دیگری هرچند مجازاتش اعدام باشد ــ به شرط آن که به عنوان تعزیر اعدام شود ــ باعث زوال عصمت نمی‌گردد زیرا در جرایم تعزیری ولی امر حق دارد خود بزه یا کیفر آن را مورد عفو قرار دهد و لذا اعمال کیفر حتمی نیست و هر مجازاتی که اعمال آن حتمی و واجب نباشد، عصمت را از میان نمی‌برد و جانی را مهدورالدم نمی‌سازد؛ هرچند اعدام باشد، زیرا حتی پس از صدور حکم نیز ولی امر حق دارد آن را مورد عفو قرار دهد.

۳۷۵. مهدورین چه کسانی هستند؟ از آنچه گفته شد، چنین استخراج می‌شود که اشخاص مهدور عبارت‌اند از: ۱ـ کافر حربی؛ ۲ـ مرتد؛ ۳ـ کسی که در حالت احصان زنا می‌کند؛ ۴ـ محارب؛ ۵ـ باغی؛ ۶ـ محکوم به قصاص؛ و ۷ـ سارق. هر یک از اشخاص ذکر شده حکم خاصی دارند که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳۷۶. حربی: در اصل کافر حربی کسی است که شهروند به حساب می‌آید که با دولت اسلامی در حالت حرب قرار دارد. و هم‌چنین به کسی اطلاق می‌گردد که مدت عقد امان وی سرآمده یا پیمان‌شکنی کرده باشد.

فقها بالاتفاق کافر حربی را مهدورالدم می‌شمارند. پس اگر شخصی او را بکشد یا مجروح سازد، کیفر نمی‌بیند زیرا به عمل مباح و مشروعی دست زده است ولی چنین شخصی ممکن است به سبب دخالت در امری که جزء صلاحیت‌ها و حیطه‌ی کاری دولت به شمار می‌آید، کیفر ببیند.

کشتن کافر حربی در میدان نبرد یا در حالت دفاع مشروع مجازات ندارد، قوانین وضعی هم، چنین موضعی دارند. اما اگر در خارج میدان نبرد و بدون جهت کشته شود، مثلاً در دارالاسلام دست‌گیر یا به اسارت گرفته شود و کسی که او را گرفته یا اسیر کرده است و یا شخص ثالثی او را به قتل برساند، قاتل به این اعتبار که مرتکب قتل شده است کیفر نمی‌شود، زیرا حربی مباح‌الدم است و دست‌گیری و اسارتش به او عصمت، و یا صفت حربی بودن را تغییر نمی‌دهد، بلکه مسئولیت قاتل از آنجا نشئت می‌گیرد که یکی از حقوق دولت و قوای عمومی را زیر پا گذاشته است و فقط از این جهت مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد.

در میدان جنگ و در حالت دفاع مشروع، قتل کافر حربی تکلیف است و در سایر موارد، کشتن وی حق تلقی می‌گردد.

قوانین موضوعه در این مورد با حقوق اسلامی سازگار نیست از نظر آن قوانین، قتل عمد است و مجرم به این اعتبار کیفر می‌بیند؛ هرچند در عمل، دادگاه‌ها ضمن در نظر گرفتن اوضاع و احوال قضیه، حتی‌المقدور مجازات سبک‌تری را مورد حکم قرار می‌دهند.

در نتیجه‌ای که عملاً به دست می‌آید حقوق اسلامی با قوانین وضعی در مجازات قاتل یکسان است، تنها توصیف ماهیت عمل مجرم مورد اختلاف است. قوانین وضعی آن را قتل و حقوق اسلامی، زیر پاگذاشتن حق قوای عمومی می‌داند.

۳۷۷. مرتد: مرتد مسلمانی است که دین خود را تغییر داده است. پس ارتداد فقط در مورد مسلمین مصداق می‌یابد و از غیرمسلمین اگر کسی دین خود را تغییر دهد بنابر حقوق اسلامی، مرتد شناخته نمی‌شود.

مرتد، مهدورالدم[۱] است، پس چنانچه کسی او را چه پیش از درخواست توبه[۲] و یا پس از آن به قتل برساند به اعتبار ارتکاب قتل عمد مجازات نمی‌شود؛ زیرا تا وقتی که مرتد در ارتداد خود باقی است هر جنایتی که نسبت به وی رخ دهد، مجازات ندارد.

چون وظیفه و حق دولت است که مرتد را مجازات کند در صورتی که کسی بدون اجازه‌ی ارکان دست‌اندرکار، او را به قتل برساند، نسبت به دولت اسائه‌ی ادب کرده و حق او را زیر پا گذاشته است و به این اعتبار مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد. فقهای مذاهب اربعه چنین گفته‌اند.[۳] در مذهب مالک، نظر مخالفی[۴] وجود دارد و بر آن است که با آن که مرتد معصوم نیست، قاتل وی تعزیر می‌شود و باید خون‌بهای او را به بیت‌المال بپردازد. طرف‌داران این رأی در تأیید نظر خود می‌گویند اولاً درخواست توبه واجب است که از طرف دولت به وجود آید، ثانیاً مسلمان پس از ارتداد، کافر می‌شود، پس هر کس که وی را به قتل می‌رساند، درواقع

---

۱. به دو اعتبار مرتد، مهدورالدم تلقی می‌گردد: اوّل به سبب اسلام دارای عصمت بود و چون سبب عصمت از میان رفته است مهدورالدم می‌شود. دوم مجازات ارتداد "قتل حدی" است نه تعزیری زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «کشتن مسلمانی جایز نیست مگر به سبب یکی از سه چیز: ارتداد؛ زنای با حصان؛ قتل عمد» و «هرکس دین خود را تغییر داد او را بکشید» پس مجازات ارتداد "متلف" است و بنابراین، ارتداد "از جرایم مهدر" هم به شمار می‌آید اما چون اساس ارتداد بر رجوع از اسلام استوار است و در عصمت هم اسلام اصل است، لذا در مهدورالدم بودن مرتد فقط جهت اوّل مد نظر قرار می‌گیرد.

۲. فقها لازم می‌دانند که پیش از صدور حکم از مرتد درخواست توبه شود و اسلام دوباره به او عرضه گردد و چنانچه نپذیرد کشته شود.

۳. *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۱۲۵؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۳۰۱؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۳۸؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۳۳.

۴. *الشرح‌الکبیر* دردیر، ج ۴، ص ۱۲۷.

شخص کافری را که کشتن او حرام است به قتل رسانیده است و از این رو باید خون‌بهای مقتول را به بیت‌المال بپردازد زیرا وارث او بیت‌المال است. پیروان این رأی، عصمت مرتد را با ارتداد از میان‌رفته می‌دانند ولی با کفر او را معصوم می‌شمارند و همین تناقض آشکار مبین سستی این رأی است. می‌توان به شکل دیگری هم، رأی مزبور را مردود دانست، با این استدلال که اسلام سبب عصمت مرتد بود که با کفر از میان رفته است و نفس کفر به وی عصمت نمی‌دهد بلکه عصمت، محصول عقد امان ذمی یا عهدی و امثال آن است که مرتد در ذیل هیچ‌یک از آنها قرار ندارد و از این رو نمی‌توان بعد از گرویدن به کفر او را معصوم دانست.

قاتل شخص مرتد به سبب خودرأیی و سبک‌شمردن قوای عمومی، زمانی مجازات می‌شود که حکومت‌ها خود را در مجازات مرتد مکلف بدانند، و چنانچه ارتداد را قابل مجازات ندانند هم‌چنان که امروزه مصر و سایر کشورهای اسلامی عمل می‌کنند، حق ندارند به سبب خودرأیی او را کیفر دهند، زیرا وی زمانی خودرأی و متجاوز به حق عمومی تلقی می‌گردد که دولت شخصاً خود را موظف به اعمال مجازات بداند، و هنگامی‌که اجرای یکی از احکام را رها ساخته‌اند، حق ندارند او را مورد مؤاخذه قرار بدهند.

شافعیه به عنوان یک قاعده‌ی کلی، غیرمعصوم را در مقابل اشخاص غیرمعصوم، واجد عصمت می‌شناسند، مرتد هرچند غیرمعصوم است در مقابل شخص مرتد دیگری از عصمت بهره‌مند است[۱] و کشتن او برای چنین شخصی مباح نیست، و در صورت ارتکاب قتل، قاتل عمد به شمار می‌آید؛ هرچند پس از قتل دوباره مسلمان شود. چنانچه قاتل مسلمان باشد، این حکم را ندارد و به موجب رأی برتر در صورتی‌که کافر ذمی هم مرتد را بکشد، قاتل به شمار نمی‌آید.[۲] شافعیه این قاعده را درباره‌ی تمام افراد مهدورالدم اعمال می‌کنند، لیکن فقهای دیگر این قاعده را نمی‌پذیرند.

از دیدگاه حقوق اسلامی، قتل مرتد حق نیست، تکلیف هر فرد است. زیرا مجازات ارتداد از حدود به شمار می‌آید که واجب است اجرا شود و عفو و تأخیر آن جایز نیست. این تکلیف از ذمّه‌ی افراد به صرف این که قوای عمومی عهده‌دار آن هستند، مادامی که عملاً اجرا نکرده‌اند، ساقط نمی‌شود.

اختلاف قوانین وضعی با حقوق اسلامی در این است که به موجب آنها تغییر دین، گناه و جرم به حساب نمی‌آید. اما نظریه‌ی حقوق اسلامی را در مورد مخالفان نظام حکومتی

---

۱. *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۳؛ *شرح‌الانصاری علی‌البهجه*، ج ۵، ص ۳ و ۴.
۲. *همان*، ص ۳.

پذیرفته‌اند. دولت‌های کمونیستی، کسانی را که مکتب مارکسیسم را رها کرده و طرف‌دار دموکراسی یا فاشیسم شده باشند، مجازات می‌کند. دولت فاشیستی هم شهروندان خود را که از نظام فاشیستی دست بر می‌دارند و داعیه‌ی دموکراسی و کمونیسم در سر می‌پرورانند، مجازات می‌دهد. دولت‌های دموکراتیک نیز مارکسیسم و فاشیسم را جرم می‌شمارند و با آنها سر جنگ دارند. پس در محدوده‌ی قوانین وضعی، رها کردن مکتبی که نظام حکومتی بر آنها استوار می‌باشد با رها کردن ایدئولوژی اسلامی که نظام جامعه بر آن بنا گردیده، همانند است. بنابر این، اختلافی که در حقوق مزبور درباره‌ی این مسئله وجود دارد در رعایت قاعده است و در اصل قاعده اختلاف ندارند. چون در حقوق اسلامی، دین اسلام اساس نظام حکومتی قلمداد می‌شود و طبیعی است که به منظور حمایت از نظام اجتماعی، ارتداد را قابل مجازات بشناسد. در قوانین وضعی هم به جای مذهب، یکی از مکاتب اجتماعی پایه‌ی نظام حکومتی قرار می‌گیرد و طبیعی خواهد بود که تغییر دین قابل مجازات نباشد و همت خود را در تحریم هر مکتب اجتماعی که با مبنای حکومتی‌اش مخالف است، مصروف نماید.

قانون جزای مصر، شیوه‌ی قوانینی را که از آنها گرفته شده، اتخاذ کرده است و با آن که اسلام اساس و پایه‌ی حکومتی در تمام کشورهای مسلمان به شمار می‌آید در مجازات مرتد، حکم قانونی ندارد ولی سکوت به معنای مباح دانستن ارتداد نیست زیرا مجازات ارتداد براساس احکام حقوق اسلامی اعدام است، این احکام که همیشه اعتبار دارند ممکن نیست با قوانین وضعی لغو یا نسخ شوند.[1] پس هم اکنون اگر کسی مرتد را بکشد در هر حال به سبب قتل و خودرأیی در مقابل قوای عمومی کیفر نمی‌بیند، زیرا براساس اسلام، عمل مباحی را انجام داده و به یکی از تکالیف خود عمل کرده است.

قانون جزای مصر هرچند در مورد مجازات مرتد ساکت است این سکوت به آن معنا نیست تا هر کاری که با حسن نیت در ارتباط با استعمال حقی که از طرف شارع مقرر گشته صورت می‌پذیرد، مشمول این قانون بوده و مجرمانه تلقی شود (مادّه‌ی ۶۰ قانون جزا)، و همین مقدار در مجازات نشدن قاتل شخص مرتد کفایت می‌کند، زیرا بخشوده بودن کسی که حق خود را استعمال می‌کند بر این اساس استوار می‌باشد که عمل مزبور از دیدگاه اسلامی مباح است و شریعت، کشتن مرتد را مباح می‌داند. اگر کشتن مرتد نه حق، بلکه تکلیف است، این تکلیف هم پایه‌ی حق، بلکه بالاتر از آن خواهد بود؛ زیرا که عمل قتل هم از منظر حق و هم از منظر تکلیف مباح است و مجنی‌علیه نیز در هر دو مورد حق ندارد به بهانه‌ی

---

۱. به شماره‌ی ۱۹۱ به بعد مراجعه شود.

دفاع مشروع از آن دفاع کند. زیرا فاعل در هر دو حال (حق یا تکلیف) حق دارد که آن را انجام دهد. تکلیف نسبت به حق از این حیث برتری دارد، که مکلّف به ادای تکلیف ملزم می‌باشد و حتماً باید آن را انجام دهد اما صاحب حق در عمل خودمختار است اگر بخواهد آن را مورد استفاده قرار می‌دهد و در صورت تمایل رها می‌سازد. تفاوت تکلیف «واجب» با حق در مورد مسئولیت مکلّف به هنگام ترک فعل ظاهر می‌شود، مکلّف در صورت ترک واجب ممکن است در معرض مجازات قرار بگیرد اما صاحب حق در صورت عدم استعمال آن با هیچ مجازاتی تهدید نمی‌شود بنابر این، هم‌چنان که اگر صاحب حق عمل مباحی را انجام دهد یا انجام ندهد از مسئولیت مبرّا است بهتر آن است که مکلّف هم در انجام دادن عمل مشروعی که حق ندارد آن را انجام ندهد، از مسئولیت مبرّا باشد.

از این‌ها گذشته، مادّه‌ی ۷ از قانون جزای مصر تصریح کرده است که مقررات این قانون در هر حال نسبت به حقوق شخصی که شریعت برای افراد مورد شناسایی قرار داده، ایجاد اخلال نمی‌کند. هم‌چنان که گفته شد، واجباتی که برای افراد در نظر گرفته شده‌اند چیزی جز حقوق فردی بیش نیستند که انسان‌ها برای استعمال آن حق دارند، مثلاً برای طبیب طبابت واجب است و شارع او را به این امر مکلّف ساخته است، اما عمل به همین تکلیف به پزشک حق می‌دهد تا بیمار را مجروح نماید یا عضو او را قطع کند. کشتن مرتد بر هر فردی واجب است و هر کس برای انجام‌دادن آن در پیشگاه شارع مسئولیت دارد و ادای این تکلیف بر مکلف حق می‌دهد تا مرتد را بکشد. تکلیف مأمور اجرای احکام است که گردن محکومان به اعدام را قطع کند و ادای همین تکلیف در قطع گردن محکوم علیه به وی حق می‌دهد. با یادآوری این نکته که ما به این گونه تعلیل و تفسیرها نیاز نداریم تا وقتی که معتقدیم هر قانونی که با احکام شریعت مخالف باشد، محکوم به بطلان است.

۳۷۸. زانی محصن: مجازات زانی محصن، رجم و زنای غیرمحصن، تازیانه است. مجازات رجم «متلف» است و مقصودش از میان بردن زانی و تنبه دیگران است. اما، مجازات جلد غیرمتلف و مقصودش تأدیب زانی و تنبه دیگران می‌باشد. چون کیفر زنای محصن متلف و حدّ به حساب می‌آید؛ یعنی مجازاتی است که از قبل معین و مقدر گشته است کسی که در حال احصان زنا می‌کند از افراد مهدورالدم به حساب آمده است.

احمد و مالک و ابوحنیفه متفقاً می‌گویند که اگر کسی زانی محصن را بکشد قصاص و دیه ندارد. زیرا بزه‌کار با ارتکاب زنای محصنه، عصمت خود را از دست داده است و کشتن وی مباح می‌شود و چون مجازات زنا از حدود به شمار می‌آید و تأخیر در اجرای حدود و عفو

آنها هم جایز نیست، پس کشتن زناکار محصن در جهت زدودن منکر و اجرای حدودالله واجب می‌گردد.[1]

رأی مشهور مذهب شافعی با رأی پیشین موافق است ولی به موجب رأی دیگر، قاتل زناکار قصاص می‌شود، زیرا وی را به سبب زنا کشته است و نه در اجرای حق خود. عیناً مانند موردی که شخصی دیگری را به قتل برساند و شخص ثالث غیر از ولی دم ـ قاتل را بکشد.[2]

ایرادی که بر نظر مزبور وارد است، این است که زانی محصن نسبت به همه‌ی مسلمانان مباح‌الدّم است و نه برای شخص معینی، و حتماً باید کشته شود برعکس حالتی که، شخصی، دیگری را به قتل می‌رساند که در این صورت فقط کشتن وی برای صاحب خون مباح است و مختار می‌باشد که او را قصاص کند یا از قصاص بگذرد.

هم‌چنان که قاتل زانی محصن به عنوان قاتل مؤاخذه نمی‌شود، چنانچه قوای عمومی[3] خود را مکلف به مجازات او ندانند، تحت عنوان خودرأیی و دخالت در امری که از وظایف آنها به شمار می‌آید نیز مجازات نخواهد شد. پس اگر دولت از ادای تکلیف مزبور خودداری کند یا خود را فارغ از آن بداند، حق ندارد کسی را که به انجام دادن آن مبادرت ورزیده است به عنوان خودرأیی و سبک شمردن قوای عمومی کیفر دهد.

به نظر شافعیه، قاتل زناکار محصن باید از عصمت بهره‌مند باشد تا مجازات نشود. زیرا مهدورالدم نسبت به فردی که خود مهدورالدم است، مهدورالدم به شمار نمی‌آید، مثلاً زانی با حصان نسبت به فردی چون خودش و مرتد مهدورالدم نیست زیرا همه‌ی آنان از یک درجه‌اند و خونشان هدر است.[4]

اما اگر کسی زناکار غیرمحصن را جز در مورد جرم مشهود که مجازاتش فقط تازیانه است به قتل برساند، قاتل عمد محسوب و قصاص می‌شود، زیرا معصوم‌الدم را کشته است. این مسئله در نزد ائمه‌ی اربعه اتفاقی است.

اما چنانچه زناکار در حالت و در حین ارتکاب زنا کشته شود، به عقیده‌ی مالک و ابوحنیفه و احمد، قاتل مجازات ندارد. اینان در این مسئله به قضاوت عمر استناد می‌کنند. در سحرگاه روزی مردی به تاخت نزد عمر آمد و در کنار او نشست که شمشیر آغشته به خون در دست داشت، گروهی در پی او آمدند و گفتند: این مرد دوست ما و همسر خود را کشته است. عمر از او سؤال کرد. اینان چه می‌گویند؟

---

۱. *حاشیة‌الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۶؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۳۱ و ۲۳۲؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۳.
۲. *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۶.
۳. منبع پیشین و *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۱۷۰.
۴. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۰؛ *شرح‌الانصاری علی‌البهجه*، ج ۵، ص ۳ و ۴.

آن مرد جواب داد: به ناحیه‌ی ران‌های همسرم با این شمشیر ضربتی زده‌ام و اگر شخص دیگری هم در میان آنها بوده کشته‌ام. عمر از آنان سؤال کرد: این مرد چه می‌گوید؟ جواب داده‌اند: با شمشیر زده و ران‌های زنش را بریده است و همین شمشیر به کمر مرد اصابت و او را دو نیم کرده است. عمر خطاب به آن مرد گفت: اگر این‌ها برگشتند تو نیز برگرد و برو، و با این عمل، خون مقتولان را مهدور شناخت.

برخی از فقها برانگیختن ناگهانی را که به هنگام مشاهده‌ی زنا بر قاتلِ شخصِ زناکار دست می‌دهد، عامل اباحه‌ی قتل می‌شمارند. اینان میان «مزنّی بهای» اجنبی و غیر اجنبی تفاوت می‌گذارند در صورت نخست، قتل را جایز نمی‌شمارند و در صورت دوم، آن را مباح می‌دانند. زیرا مشاهده‌ی زنا با زن بیگانه، احساسات ناظر را به همان میزان که مشاهده‌ی زنا با همسر یا مادر یا خواهر خود تحریک می‌کند، برانگیخته نمی‌سازد.

اکثر فقها برانگیختن احساس را عامل موجهه جرم نمی‌شمارند، بلکه علت جواز قتل زناکار غیرمحصن را تغییر منکر می‌دانند. به نظر آنان، کشتن زانی غیرمحصن در حین ارتکاب بزه، تغییر منکر با دست است که در استطاعت[1] هر کسی باشد واجب است که به آن اقدام کند. طرف‌داران این رأی در زنای با زن اجنبی و غیراجنبی قایل به فرق نیستند و در صورت مشاهده‌ی زانی در حین ارتکاب بزه باشد یا زن، کشتن وی را مباح می‌دانند. رأی مشهور مذاهب ثلاثه همین است.[2] شافعی کشتن زانی غیرمحصن را که در حین ارتکاب بزه مشاهده می‌شود جایز نمی‌شمارد، مگر آن که یگانه راه جلوگیری از ارتکاب جرم، قتل وی باشد که در این صورت، مجاز و در غیر این حالت، قتل وی جرم محسوب می‌شود که قابل مجازات است؛ اعم از آن که ناظر واقعه دچار برانگیختگی احساس گردد یا به آن مبتلا نشود، زیرا برانگیختن احساس، قتل را مباح نمی‌کند و دفع منکر، زمانی قتل را مباح می‌سازد که تنها وسیله‌ی دفاع به شمار آید.[3] برخی از شافعیه قتل زانی غیرمحصن را مادامی‌که در حال دخول است مجاز می‌دانند، زیرا وی در این صورت در هر لحظه مواقع محسوب می‌شود.[4] اینان به کسی که درصدد دفع منکر است اجازه می‌دهند که در همان لحظه به قتل مجرم دست یازد. فقها می‌گویند آنچه اهمیت دارد این است که مدافع به دلیل ارتکاب زنا، زانی غیرمحصن را به قتل برساند؛ خواه ثبوت زنا مورد حکم قرار بگیرد یا هنوز در دادگاه طرح نشده باشد. تنها کافی است که با ادلّه‌ی شرعی، جرم زنا قابل اثبات باشد،

---

۱. به شماره‌ی ۳۴۵ مراجعه کنید.

۲. *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۱۶۹ و ۱۷۰؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۴۰ و ۴۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۵۳ به بعد.

۳. *المهذب*، ج ۲، ص ۱۸۶؛ *الام*، ج ۶، ص ۲۶.

۴. *شرح‌الانصاری علی‌البهجه*، ج ۵، ص ۱۱۳.

پس اگر ثابت شود، جانی به سبب ارتکاب قتل مسئول نخواهد بود و اگر ثابت نگردد در مقابل قتل عمد، مسئولیت خواهد داشت.

قوانین موضوعه، در مجازات زنا، با حقوق اسلامی موافق نیستند و در آنها برای زنا مجازات قتل پیش‌بینی نشده؛ یا هر نوع زنا را قابل مجازات نمی‌شناسند. قانون جزای مصر، شیوه‌ی قوانین کشورهای غیراسلامی را اتخاذ کرده است، لیکن مقررات قانون جزا هرچه باشد در احکام شرعی بی‌تأثیر است و در هر جا که با احکام شریعت مخالف است باطل و در هرجا که با احکام شرعی و روح آنها سازگار باشد، صحیح است. این موضوع قبلاً و به تفصیل بیان شد و موجبی برای تکرار وجود ندارد.[1]

قتل زناکار محصن واجب است و شریعت افراد امّت را به انجام‌دادن آن ملزم می‌داند و این تکلیف تحت عنوان «حقوق فردی» قرار می‌گیرد که قانون جزای مصر نسبت به آن حکم صریحی دارد. به این موضوع به مناسبت بحث از قتل مرتد اشاره شد و این بار، برای توجیه قتل زانی محصن نیست که به آن اشاره می‌شود. بلکه مقصود بیان آشفتگی مواد قانونی است، در برخی از مواد آنچه را شریعت مباح دانسته است، مانند قتل مرتد و زانی و سایر افراد مهدورالدم مانند مادّه‌ی ۷ قانون جزا، قابل مجازات ندانسته و در برخی دیگر، کشتن افراد مهدورالدم مانند مادّه‌ی ۲۳۰ قانون جزا، حرام دانسته شده است. علت این آشفتگی در آن است که مقنن کیفری مصر نسبت به حقوق فردی که شریعت برای اشخاص مقرر داشته و هم‌چنین نسبت به تکالیف آنان جاهل بوده است.

۳۷۹. محارب: محارب کسی است که به جرم حرابه دست می‌زند. برخی محاربه را افساد فی‌الارض یا قطاع‌الطریقی می‌نامند و برخی دیگر آن را «سرقت بزرگ» نام نهاده‌اند.

جرم محاربه بیش از یک مجازات دارد، این موضوع از ظاهر آیه‌ی مبارکه قابل استفاده است. خداوند می‌فرماید «اِنّما جزاءالذین یحاربون‌الله و رسوله و یسعون فی‌الارض فساداً، اَنْ یقتلّوا او یُصَلَّبوا او تقطع أیدیهم و أرجلهم من خلاف او یُنْفَوا من‌الارض» (مائده، ۳۳) پس مجازات محاربه، قتل و به‌دار آویختن و بریدن دست و پا برخلاف یکدیگر (یعنی دست راست با پای چپ و دست چپ با پای راست) و نفی بلد است که همه‌ی آنها متلف نیستند.

فقها اختلاف نظر دارند که انتخاب این مجازات‌ها با توجه به نوع جرم ترتیبی است یا تخییری؟ ریشه‌ی اختلاف هم در تفسیر حرف «او» قرار دارد، برخی آن را برای تفصیل و ترتیب می‌دانند، برخی نیز آن را تغییری می‌شمارند.

---

۱. به شماره‌ی ۱۹۱ به بعد مراجعه شود.

فقهای مذهب ابوحنیفه و شافعی و احمد در مجازات‌های محاربه برحسب جرم ارتکابی قایل به ترتیب‌اند، هر کس دست به قتل بزند و مال کسی را نگیرد، کشته می‌شود، و اگر فقط مال کسی را بگیرد و دست به قتل نزند، به مجازات قطع عضو محکوم می‌شود و کسی که هم دست به قتل بزند و هم مال کسی را بگیرد، به قتل و صلب محکوم خواهد شد[۱] و کسی که راه را ناامن سازد و دست به قتل نزند و مال کسی را نگیرد، نفی بلد می‌شود.[۲]

به عقیده‌ی مالک در صورتی که محارب دست به قتل بزند، باید کشته شود و امام حق ندارد عضو او را قطع کند یا نفی بلدش نماید؛ تنها در قتل و صلب او مختار است که از این دو یکی را انتخاب کند. و در صورتی که مال کسی را بگیرد و دست به قتل نزند، امام حق ندارد او را نفی بلد کند بلکه در قطع و صلب یا قطع از خلاف مختار است. به نظر مالک، تخییر به این معناست که انتخاب یکی از مجازات‌ها به اجتهاد امام موکول است. اگر محارب جزء اشخاص صاحب فکر و تدبیر باشد، قتل یا درآویختن وی موجه است و اگر از اشخاص بی‌فکر بوده و تنها از قدرت بدنی برخوردار باشد، امام دست‌وپای وی را به صورت مخالف قطع می‌کند، و اگر هیچ‌کدام از این دو صفت را دارا نباشد به آسان‌ترین مجازات که همان نفی بلد و تعزیر است، کیفر می‌دهد.[۳]

محاربه از جرایم حدود است و مجازاتش نیز از مجازات‌های حدود به شمار می‌آید و لازم‌الاجرا است و با سهل‌انگاری در اجرا یا عفو آن ساقط نمی‌شود. استثنائاً مجازات محاربه در اثر توبه ساقط می‌شود خداوند می‌فرماید: «الّاالذین تابوا من قبل اَنْ تقدروا علیهم فاعلموا انّ الله غفورٌ رحیمٌ» (مائده، ۳۴). اگر محارب توبه کند، مجازات‌های قتل و دارآویختن و قطع عضو و نفی بلد که به عنوان حد برای محاربه پیش‌بینی شده‌اند، به شرط آن که پیش از دست‌گیری توبه کند، ساقط می‌شوند. درصورتی‌که پس از دست‌رسی توبه کند، هیچ یک از مجازات‌ها ساقط نمی‌شوند.[۴]

از توضیحات داده شده این نتیجه به دست می‌آید که برحسب اختلاف رأی فقها، محارب حالت‌های متفاوتی از نظر «اهدار» خواهد داشت. چنانچه مجازات‌ها ترتیبی فرض

---

۱. در این حالت ابوحنیفه اجازه می‌دهد که قطع و قتل با هم‌دیگر جمع شود. ابویوسف و محمد با او مخالف‌اند. احمد در یکی از آراء خود در این مسئله با ابوحنیفه موافق است رجوع کنید به *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۹۳؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۰۵.

۲. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۰۴ به بعد؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۹۳؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۱۵۴ و ۱۵۵.

۳. *بدایة المجتهد*، ج ۲، ص ۳۸۰ و ۳۸۱.

۴. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۱۵؛ *بدایةالمجتهد*، ج ۲، ص ۳۸۲.

شوند، در صورت ارتکاب قتل و اخذ مال، هم‌راه با قتل، نفس وی مهدور خواهد بود و چنانچه فقط مال کسی را بگیرد، دست راست و پای چپش مهدور خواهند بود و در صورتی که راه را ناامن سازد، عضوی را از دست نمی‌دهد زیرا مجازات نفی بلد متلف نیست. چنانچه مجازات‌های محاربه تخییری باشند، در صورت ارتکاب قتل، خونش هدر خواهد بود زیرا مجازات آن که قتل یا دارآویختن است هر دو متلف هستند، در حالت قتل و اخذ مال نیز مهدورالدم تلقی می‌گردد. اما اگر مال کسی را بستاند و دست به قتل نزند فقط دست راست و پای چپ خود را از دست می‌دهد؛ هرچند امام حق دارد او را به دار آویزد یا به قتل برساند، این حق را هم دارد که از مجازات قطع عضو استفاده کند. پس قطع عضو کمترین مجازات به شمار می‌آید که انتخاب سبک‌تر از آن مقدور نیست. و چنانچه راه را ناامن سازد عضوی را از دست نمی‌دهد، زیرا هرچند امام حق دارد از مجازات‌های قتل و صلب و قطع عضو بهره جوید این حق را هم دارد که از نفی بلد استفاده کند و نفی بلد هم مجازاتی نیست که متلف باشد.

محارب از زمان ارتکاب جرم، مهدورالدم به حساب می‌آید و نه از زمان صدور حکم. به موجب این قاعده، حالت اهدار محارب، به عقیده‌ی کسانی که مجازات‌ها را تخییری می‌دانند متغیر خواهد بود. زیرا مثلاً محاربی که مال کسی را گرفته است در صورتی که به اعدام محکوم شود، از زمان صدور حکم، جانش هدر است و حال آن که از زمان ارتکاب بزه، فقط اعضایش (دست راست و پای چپ) مهدور بوده‌اند. کسی که راه را ناامن ساخته است در صورت محکومیت به قتل یا قطع عضو از زمان صدور حکم، کلاً یا جزئاً در حالت اهدار قرار می‌گیرد و حال آن که پیش از صدور حکم، مهدورالدم نبوده است.

پیش از دست‌رسی به محارب، در صورتی که توبه کند، حالت اهدار از میان می‌رود و مجدداً به حالت عصمت بر می‌گردد پس اگر کسی وی را بعد از توبه بکشد یا اعضایش را قطع کند در صورت اطلاع از توبه، بزه‌کار متعمد به شمار می‌آید، و در صورت عدم اطلاع، مرتکب جرم خطایی شده است.

پیش از توبه، قتل یا قطع عضو محارب تکلیف است نه حق، زیرا مجازات‌های محاربه از حدود هستند و تأخیرشان جایز نیست و اجرای آنها علی‌الاصول بر هر فردی واجب است و صلاحیت حکومت در اعمال آنها، باعث سقوط تکلیفی که بر عهده‌ی افراد گذاشته شده نمی‌گردد، مگر آن که عملاً اعمال شوند.

دولت حق دارد کسی را که فرد مهدورالدمی را می‌کشد یا عضو او را قلع می‌کند نه به این اعتبار که قاتل یا عضو کسی را قطع کرده است بلکه به اعتبار خودرأیی در مقابل قوای

عمومی کیفر دهد. در این حالت هم به شرطی شایسته‌ی کیفر خواهد بود که قوای عمومی برای اقامه‌ی حدود مأمور باشند و حساسیت نشان بدهند.

اگر محارب در حالت اهدار جزئی باشد، مثلاً مال کسی را بگیرد و دست به قتل نزند، شخصی که او را می‌کشد بازاء قتل عمد مؤاخذه می‌شود، و اگر عضوی از او را قطع کند که نباید بریده می‌شد در صورت عامد بودن، مسئول قطع عمد و در صورت خطا از جرح خطایی، پاسخ‌گو خواهد بود.

چنانچه کسی عضو مهدور را قطع کند و به مرگ او منتهی گردد، مسئولیت ندارد، زیرا مرگ او از «قطع عضوی» ناشی شده است که قطع آن واجب بود و ادای تکلیف و امر واجب به «شرط سلامت» مقید نمی‌باشد.

۳۸۰. باغی: باغی کسی است که در جهت تغییر نظام حکومتی یا حاکمان جامعه‌ی اسلامی با تکیه بر قدرت و اقتدار تشکیلاتی تلاش می‌کند و به اعتبار همان اقتدار و تشکیلات از فرمان دولت سرپیچی می‌کند. «بغی» جرمی است که متوجه حکام و سیستم حکومتی است و نظم اجتماعی را مورد هدف قرار نمی‌دهد، اگر مقصود از بغی نظام اجتماعی باشد، آن را «بغی» نمی‌نامند بلکه «فساد فی الارض» خوانده می‌شود. و نظم اجتماعی که جامعه بر آن قوام دارد، ایدئولوژی اسلام است و جامعه‌ی اسلامی جز آن، نظام دیگری ندارد.

فقها برای تحقق بزه «بغی»، شروط ویژه‌ای را لازم می‌دانند که قبلاً بیان شد[1] و با اهمیت‌ترین آنها این است که باغیان یا مجرمان سیاسی برای اقدام خود تفسیر و تأویل داشته باشند، از قدرت و تشکیلات بهره‌مند باشند و در اعمال هدف خود از قدرت استفاده کنند و یا به قصد اجرای هدف خود در نقطه‌ای تجمع نمایند؛ هرچند عملاً دست به کار نشده باشند.

در صورت تحقق شرایط جرم «بغی»، خون باغی هدر است، هر کس او را بکشد فرد مهدورالدمی را به قتل رسانیده است و مجازات ندارد. خون باغی تا زمانی هدر است که از حالت بغی دست برنداشته باشد. چون دست بر دارد، مجدداً به حالت عصمت بر می‌گردد.

مذهب ابوحنیفه[2] با سایر مذاهب این اختلاف را دارد که وی بغات را از زمان تجمع و سرپیچی مهدورالدم می‌شناسد؛ هرچند هنوز به جنگ و تجاوز شروع نکرده باشند اما

---

۱. به شماره‌ی ۷۸ مراجعه شود.

۲. *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۱۴۲؛ *بدائع الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۶؛ *شرح القدیر*، ج ۳، ص ۴۱۱.

مالک و شافعی و احمد، شروع به جنگ و تجاوز را شرط اهدار خون آنان می‌شمارند، به نظر آنان فقط جنگ و تهاجم، خون باغی را مهدور می‌سازد.[۱]

کشتن باغیان واجب است زیرا خداوند می‌فرماید: «و قاتلوا الّتی تبغی حتی تفئی اِلی امر الله». این امر به هر فردی از افراد امت خطاب و تکلیف است. پس اگر حکومت افراد معینی را برای مبارزه با باغیان اختصاص دهد، این امر دیگران را از ادای تکلیف، مادامی که حالت بغی برقرار است باز نمی‌دارد و باعث رفع تکلیف آنان نمی‌گردد.

حکومت‌ها حق ندارند قاتل باغی را کیفر دهند، زیرا وی مباح‌الدم است ولی به اعتبار این که قاتل با اقدام خودسرانه‌اش قوای عمومی را خوار و سبک شمرده است به شرط آن که دولت خود را به انجام دادن این امر مکلف بداند، کیفر می‌شود.

۳۸۱. محکوم به قصاص: در حقوق اسلامی، مجازات اصلی قتل و جرح عمدی، قصاص است. معنای قصاص این است که مجرم همانند عمل خود کیفر ببیند که ممکن است قصاص بر نفس یا بر مادون نفس باشد. در صورت نخست، قتل و در صورت دوم جرح یا قطع خواهد بود. قصاص، مجازاتی است که از قبل مقدر شده در عین حال متلف نیز به شمار می‌آید.

اگر کسی کاری کند که مستوجب قصاص باشد در محدوده‌ای که باید قصاص شود مهدورالدم به شمار می‌آید، چنانچه دست به قتل زده باشد، کشته می‌شود و چنانچه مجنی‌علیه را مجروح سازد یا عضو او را قطع کند به همین میزان مهدورالدم خواهد بود.

در مجازات قصاص، اهدار مجرم نسبی است و فقط در مقابل مجنی‌علیه یا ولی دم مهدورالدم و در مقابل دیگران از عصمت برخوردار است. نسبی بودن اهدار در قصاص از آن جهت است که قصاص حق است نه تکلیف و مجرم تنها، نسبت به صاحب حق، مهدورالدم است، که اگر مایل باشد از حق خود استفاده می‌کند. پس ارتکاب قتل، ریختن خون قاتل را صرفاً برای اولیای مقتول مباح می‌سازد، و اگر شخص ثالثی ولو بعد از صدور حکم محکومیت، او را بکشد، مرتکب قتل عمد شده است زیرا کسی را که نسبت به وی از عصمت بهره‌مند بود به قتل رسانیده است. به علاوه، ممکن بود صاحبان خون، او را مورد عفو قرار دهند و در نتیجه حکم صادره اجرا نمی‌شد. جمهور فقها چنین گفته‌اند.[۲]

اصل این است که اقامه‌ی حدود و اعمال مجازات‌ها به عهده‌ی حاکم است، فقط قصاص

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۷۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۳۶؛ *الاقناع*، ج ۴، حد ۲۹۳.
۲. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۵۶.

از این اصل استثنا شده است. پس مجنی‌علیه یا ولی دم او حق دارند شخصاً قصاص را استیفا کنند.

فقها متفقاً می‌گویند که پس از صدور حکم و تعیین زمان اجرای آن ولی دم حق دارد شخصاً از جانی قصاص کند، به شرط آن که به استیفای قصاص قادر و آشنا بوده باشد و تحت اشراف حکومت و نظارت آن انجام دهد. اگر از انجام‌دادن قصاص ناتوان باشد یا نداند که چگونه قصاص می‌کنند، می‌تواند از میان کسانی که واجد این دو شرط باشند، وکیل انتخاب کند. و هیچ مانعی نیست که وکیل مزبور، مأموری باشد که وظیفه‌اش اجرای احکام قصاص است.

قصاص در مادون نفس، مورد اختلاف است به عقیده‌ی مالک و شافعی و به موجب یکی از آرای مذهب احمد، مجنی‌علیه یا ولی دم، اعم از آن که با قصاص آشنا باشد یا خیر، حق ندارد رأساً در مادون نفس استیفای قصاص کند. زیرا اطمینان وجود ندارد که نسبت به مجرم به منظور تسلای خاطر خود صدمه‌ای نزند که جبران‌ناپذیر باشد و باید این امر را متخصصان به عهده بگیرند. مالک در این زمینه می‌گوید: «واجب می‌دانم که در قصاص جراح، امام دو مرد عادل را برگزینند، اگر دو نفر در دسترس نباشند، یک نفر را به شرط آن که عادل باشد کافی می‌دانم».[۱]

به نظر ابوحنیفه و به موجب رأی دیگر مذهب احمد، مجنی‌علیه در مادون نفس حق دارد شخصاً استیفای قصاص کند، زیرا قصاص حق اوست و مانند سایر حقوق، مادامی که آشنا به مسئله باشد حق استیفا دارد، اگر آشنا نباشد، می‌تواند به شخص خبره‌ای وکالت دهد. طرف‌داران این رأی در مذهب احمد، مانعی نمی‌بینند که به هزینه‌ی بیت‌المال، شخص خبره‌ای به این امر گمارده شود که وظیفه‌اش این باشد که به نمایندگی از طرف کسانی که نمی‌توانند حق قصاص خود را استیفا نمایند، آن را استیفا کند.[۲]

مستند تعلق حق قصاص برای مجنی‌علیه یا ولی دم او آیه‌ی ۳۳ سوره‌ی اسراء است که خداوند می‌فرماید: «وَ مَنْ قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطانا فلایسرف فی‌القتل» و مفروض آن است که دارنده‌ی حق قصاص فقط پس از صدور حکم و در زمانی که برای اجرای آن در نظر گرفته می‌شود می‌تواند حق خود را استیفا کند.

هم‌چنان که اسلام برای ولی‌دم حق قصاص اعطا کرده است، هم‌زمان و در کنار آن، حق عفو از قصاص را نیز در نظر گرفته است که می‌تواند مجاناً یا در مقابل مابازائی از قصاص

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۵۳ و ۲۵۴؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۹۷؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۹۹.
۲. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۴۶؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۹۸ و ۳۹۹.

جانی بگذرد. در صورت عفو، قصاص مجرم ممنوع می‌شود ولی حکومت‌ها می‌توانند با مجازات دیگری جز قتل، مجرم را کیفر دهند.

اسلام ولی دم را به طرق مختلف برای عفو دعوت و تشویق کرده است. برای وی این حق را قایل شده است که در مقابل عفو، مابازاء بگیرد و پاداش اخروی و رضایت و خشنودی الهی را به او مژده داده است. خداوند می‌فرماید: «فمن عَفٰا و اَصْلَحَ فاجرهُ علی‌الله» (شوری، ۴۰) و «والعافین عن‌الناس و الله یحب‌المحسنین» (آل عمران، ۱۳۴). شریعت اسلام عفو و گذشت را نوعی از رحمت خداوند دانسته است. «فَمَنْ عُفی له من اخیه شئ فاتباع بالمعروف و اداء الیه باحسان ذلک تخفیفٌ من رَبّکم و رحمة» (بقره، ۱۷۸) از پیامبر اکرم (ص) به نقل از انس روایت شده است که در هر مورد که مجازاتش قصاص بود از صاحب حق درخواست می‌کرد که مجرم را مورد عفو قرار دهد.

برخی گمان کرده‌اند که اعطای حق قصاص برای ولی‌دم پذیرش عادت‌های اولیه است که مورد قبول جوامع بدوی و وحشی بود، لیکن این تصور خطا، پایه‌ی درستی ندارد. زیرا شریعت اسلام با بیان و قبول حق قصاص آن‌گونه که برخی پنداشته‌اند در صدد قبول آداب و رسوم جوامع بدوی برنیامده است، بلکه در ارائه‌ی اصول و آنچه از حقوق و تکالیف برای بشر مقرر داشته، پیش از هر چیز به طبیعت بشری و غرایز انسان‌ها توجه داشته است.

کسی یافت نمی‌شود که وجود حس انتقام در سرشت انسان را منکر باشد و این که انسان هر چند که با فرهنگ باشد و از غرایز پاک و مهذب بهره‌مند گردد، ترجیح می‌دهد که شخصاً و با دست خود انتقام بگیرد تا آن که دیگران به جای وی متکفل این امر باشند. هم‌چنین کسی در این امر مجادله نمی‌کند که انسان به صورت طبیعی و در صورتی که ببیند هیچ مانعی در راه وصول و استیفای حقش وجود ندارد به راستی و از صمیم دل می‌تواند از حق خود بگذرد و آن را مورد عفو قرار دهد.

از حقایق مسلم و مقبول است که تعیین قصاص به عنوان کیفر قتل، مصلحت جامعه را تأمین می‌کند. زیرا قصاص مایه‌ی حیات و بازدارنده‌ترین عامل از ارتکاب قتل به شمار می‌رود. هم‌چنین از حقایق مسلم است که مورد عفو قرار دادن قاتل، با انگیزه‌ی خوب به حفظ نظم و جلوگیری از خون‌ریزی و تقلیل جرایم منتهی می‌گردد.

بر اساس همین تلقی از طبیعت بشر و حقایق مسلم و مقبول است که اسلام برای ولی‌دم این حق را قایل شده است که شخصاً قصاص کند تا بدین وسیله درخت انتقام را که در زوایای درونش ریشه دوانیده از بن درآورد و مانع از آن شود که قبل از محاکمه یا پیش از موعد اجرای حکم به استیفای حق خود مبادرت ورزد و یا اگر اجرای حکم از جانب قوای

عمومی را برای تشفی خاطر خود راضی نداند در صدد برآید که از خانواده‌ی قاتل انتقام بگیرد.

اسلام براساس همان حقایق در کنار حق قصاص، برای ولی‌دم حق عفو نیز قایل شده است و او را در مقابل حق قصاص و عفو آزاد و مخیر گذاشته است؛ تا دریابد وقتی می‌تواند با آزادی کامل قصاص کند و تا این حد بر مجرم مسلط باشد به بعد دیگر قضیه نیز نظری بیفکند پس عفو و گذشت را برای وی می‌آراید و زیور می‌دهد. او را با طرق گوناگون از جمله از بعد مادی به عفو و گذشت دعوت می‌کند، به او اجازه می‌دهد که با اخذ مال، جانی را مورد عفو قرار دهد. از بعد معنوی نیز ولی دم را به عفو دعوت می‌کند، و به او وعده می‌دهد که در صورت عفو، خشنودی خداوند و پاداش اخروی در انتظار اوست. ولی‌دم اگر بعد از این موقعیت جانی را مورد عفو قرار دهد حتماً با قصد و نیت صحیح از او گذشت کرده است که باعث می‌شود کینه‌توزی‌ها و جدایی‌ها از میان برود و سازگاری و هم‌آهنگی، جایگزین دشمنی گردد و در نتیجه، امنیت حفظ شود و میان گروه‌های اجتماعی، نظم حاکم باشد، بعد از این مرحله، البته حکومت چنانچه مصلحت بداند، قاتل را با مجازات سبک‌تر از قتل، کیفر مناسب می‌دهد.

پس قصد شریعت از اعطای حق قصاص، اصلاح نفوس مردم و جایگزین ساختن سازگاری و مسالمت به‌جای عداوت و دشمنی و حفظ امنیت و نظم جامعه و تقلیل جرایم و وادارکردن مردم به محترم دانستن احکام و آراء صادره و جلوگیری آنان از اندیشه‌ی انتقام خصوصی بوده است. هم‌چنان که علاوه بر مقاصد فوق، حفظ دماء و جان‌های مردم و حتی‌المقدور زیاده‌روی نکردن در مجازات اعدام، مقصود دیگر شارع در تقریر حق عفو به شمار می‌آید.

به موجب رأی ابوحنیفه و شافعی و احمد، حق قصاص برخلاف عفو، تجزّی‌پذیر نیست در نتیجه اگر یکی از اولیای دم جانی را مورد عفو قرار دهد از دیگران نیز حق قصاص ساقط می‌شود. مالک حق عفو را تجزیه‌پذیر نمی‌داند در نتیجه چنانچه همه‌ی اولیای دم از جانی نگذرند، عفو یکی از آنها باعث سقوط قصاص نمی‌شود.

ساده‌ترین صورت استعمال حق قصاص آن است که جانی به قصاص محکوم شود و زمان اجرای حکم فرا برسد و ولی‌دم شخصاً یا توکیلاً حق خود را استیفا کند. مسلم است که در این حالت، ولی‌دم هیچ مسئولیتی ندارد و عملش مجرمانه تلقی نمی‌شود زیرا حقی را استیفا می‌کند که شارع برایش مقرر داشته است.

ممکن است ولی‌دم بی‌فکری کرده و پیش از صدور حکم محکومیت یا بعد از صدور

حکم و پیش از موعد اجرای آن، جانی را قصاص کند؛ یا تحت تأثیر اموری از قصاص جانی بگذرد سپس پشیمان شود و قصاص او را بهتر و مفیدتر تشخیص دهد و بعداً از او قصاص کند و یا برخی از صاحبان خون عفو کنند و بقیه خواهان قصاص باشند و آنان که خواهان قصاص‌اند قبل از اخذ نظر بقیه، به قصاص مبادرت ورزند. آیا در این حالت‌ها کسی که قصاص می‌کند، مرتکب جرم می‌شود یا حق خود را استیفا می‌کند؟ آیا از مجازات معاف است یا مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد؟ در ذیل این حالت‌ها ابتدا درباره‌ی قتل و پس از آن در مادون قتل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳۸۲. حکم قتل جانی:

الف ـ کشتن جانی پیش از صدور حکم محکومیت یا پیش از موعد اجرای حکم: چنانچه ولی‌دم، قاتلی را که مستحق قصاص است چه پیش از حکم و چه بعد از آن و پیش از رسیدن موعد اجرا به عنوان قصاص بکشد، مجازات ندارد زیرا عمل مباحی را انجام داده و حقی را استیفا کرده که شارع برای او مقرر داشته است، لیکن به سبب عجله در استعمال حق خود، پیش از حلول موعد و خودسری و تجاسرش در مقابل قوای عمومی که برای استیفای حق او وقت معینی را در نظر گرفته بودند، کیفر می‌بینند. این کیفر از نوع مجازات‌های تعزیری خواهد بود که با اوضاع و احوال حاکم بر چنین فردی مناسب باشد.[۱]

شرط معافیت از مجازات ولی دم در صورتی که مجرم را پیش از صدور حکم می‌کشد آن است که اتهام وی دایر به قتل را ثابت کند و اگر ثابت نکند، به اتهام قتل عمد، مجازات می‌شود.

از آنچه گذشت، چنین معلوم می‌شود که قتل جانی پیش از صدور حکم یا بعد از آن، مادامی که اتهام مجرم ثابت باشد، تفاوت ندارد. زیرا حق قصاص از زمان ارتکاب قتل به وجود می‌آید، نه از زمان صدور حکم. بنابر این، وقتی که ولی‌دم پیش از صدور حکم، جانی را می‌کشد در حقیقت حق خود را که از زمان ارتکاب قتل به وجود آمده است، استعمال می‌کند. فرض مسئله آن است که ولی‌دم یک نفر است و یا در صورت تعدد در مورد قتل جانی با هم‌دیگر متفق‌القول‌اند، یا هیچ یک از آنان مایل به عفو نیستند.

ب ـ قتل جانی بعد از عفو: به عقیده‌ی ابوحنیفه و شافعی و احمد، چنانچه برخی از اولیای دم یا همه‌ی آنان جانی را مورد عفو قرار دهند، حق قصاص ساقط می‌شود زیرا قصاص تجزّی‌پذیر نیست. درصورتی‌که یک یا چند نفر از اولیای دم، جانی را عفو کنند

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۳۳؛ *شرح‌البهجه*، ج ۵، ص ۳.

درواقع بعضی از قصاص را عفو کرده‌اند و ممکن نیست که قسمتی از یک شخص زنده بماند و قسمت دیگر او کشته شود. به این ترتیب، اگر از اولیای دم کسی که جانی را عفو قرار نکرده او را بکشد و بداند که بقیه از او گذشت کرده‌اند به نظر ابوحنیفه و احمد، دست به قتلی زده است که مجازاتش قصاص است. شافعی میان دو حالت تفاوت می‌گذارد؛ نخست موردی که محکمه با عنایت به وجود عفو به سقوط قصاص نظر داده است که در این حالت قصاص را واجب می‌داند و حالت دوم موردی است که هنوز محکمه به سقوط قصاص نظر نداده باشد. حکم این حالت مانند حاکم حالتی است که پیش از کسب اجازه از بقیه‌ی اولیای دم، جانی کشته شود. در این حالت برخی به قصاص و برخی دیگر به پرداخت خون‌بها نظر داده‌اند.[1]

اگر ولی دمی که جانی را کشته است، مطلع نباشد که دیگران او را عفو کرده‌اند بازاء قتل، مسئول است لیکن جهل وی به عفو، باعث سقوط قصاص می‌شود. در این صورت به نظر ابوحنیفه و احمد، مجازات قتل، دیه است و در مذهب شافعی دو رأی ارائه شده است، یک رأی به قصاص و رأی دیگر به پرداخت دیه حکم داده است. آنان که به قصاص عقیده دارند می‌گویند چون حق قصاص در اثر عفو ساقط می‌شود لذا ولی‌دم موظف است پیش از استعمال حق خود در بقای آن یقین حاصل کند و آنان که به دیه عقیده دارند می‌گویند حق قصاص ولی‌دم ثابت است و در صورت تردید هم، اصل، بقای آن است پس اگر او را بکشد و به وجود عفو آگاه باشد، ولی معتقد باشد که حق قصاص او پابرجاست، همین میزان از اعتقاد، درباره‌ی وی شبهه محسوب می‌شود و حد را ساقط می‌کند.

به نظر مالک، حق عفو تجزیه‌پذیر نیست و زمانی موجود فرض می‌شود که از جانب تمام اولیای دم رخ می‌دهد، پس چنانچه یک نفر از آنان جانی را عفو قرار کند، این عفو، حق قصاص بقیه را ساقط نمی‌کند، در نتیجه، چنانچه یکی از آنها بعد از عفو دیگران، جانی را بکشد، مسئولیت ندارد زیرا عفو آنان معتبر نبوده و در سقوط حق قصاص بی‌تأثیر است، لیکن این وضعیت مانع از آن نخواهد بود که قصاص‌کننده به سبب خودسری و تجاسر در مقابل قوای عمومی، تعزیر شود.[2]

ج ـ قتل جانی پیش از اخذ موافقت بقیه‌ی اولیای دم: درصورتی‌که یکی از اولیای‌دم یا برخی از آنها پیش از کسب تکلیف از بقیه، جانی را بکشند در مقابل قتل مسئولیت دارند، در این مسئله غیر از مالک، بقیه‌ی فقها متفق‌القول‌اند؛ هرچند در مجازات ولی‌دمی که جانی را به قتل رسانیده است، اختلاف نظر دارند.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۴۸؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۲۶؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۹۷؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۶۵ و ۴۶۶.

۲. *المغنی*، ج ۹، ص ۴۶۶.

ابوحنیفه و احمد، وی را مستحق قصاص نمی‌شناسند، زیرا حق داشته است تا جزئی از مقتول را از میان ببرد و همین حق درباره‌ی او شبهه محسوب می‌شود و قصاص را ساقط می‌کند و دیه را بدل از قصاص واجب می‌سازد. این رأی با نظر مشهور و برتر مذهب شافعی هم سازگار است، رأی دیگر مذهب شافعی به قصاص ولی‌دم حکم می‌دهد زیرا تمامت جسم جانی مورد حق او نیست. این مورد را به حالتی قیاس می‌کنند که عده‌ای در قتل یک نفر مشارکت نمایند. در این حالت هرچند هر یک از شرکا به تنهایی قاتل به حساب نمی‌آیند و او را نمی‌کشند با این همه، همگی قصاص‌شدنی‌اند. طرف‌داران رأی مخالف این مقایسه را ناصحیح دانسته‌اند زیرا شریک، به سبب اتلاف جزئی از مقتول، قصاص نمی‌شود، بلکه بدان سبب کشته می‌شود که او را کشته است. برخی دیگر از آن جهت ولی‌دم را شایسته‌ی قصاص می‌دانند که وی تمامت قاتل را از میان برده و تلف کرده و حال آن که کلاً در این مورد محق نبوده است و مادامی‌که موافقت همه‌ی اولیای دم را به دست نیاورده است نمی‌تواند تمامت جسم قاتل یا بخشی از آن را مستحق باشد زیرا قصاص تجزیه‌پذیر نیست. پس کسی که قاتل را کشته تمامت او را تلف کرده است بدون آن که این حق را دارا باشد زیرا عدم اذن بقیه از استحقاق تمام جان قاتل باز می‌دارد و کسی که در کلّ و تمامت یک شیئی استحقاق نداشته باشد در بخشی از آن نیز استحقاق نخواهد داشت.[۱]

مالک اصلاً به مجازات ولی‌دم قاتل عقیده ندارد زیرا حق خود را استعمال کرده است.[۲] اساس رأی فقهای ثلاثه بر این است که اخذ اجازه از دیگران ضرورت دارد چون ممکن است یکی از آنها جانی را مورد عفو قرار داده باشد. اما اساس رأی مالک بر این است که عفو بعضی از اولیای دم باعث سقوط قصاص نمی‌گردد و تنها در صورت عفو کلیه‌ی اولیای دم، قصاص ساقط می‌شود و از این رو، آن که قاتل را می‌کشد، حق قصاص خود را استعمال می‌کند.

د ـ ولی دمی که عفو کرده است بعداً جانی را بکشد: در صورتی که قاتل همان کسی باشد که جانی را عفو کرده است در مقابل قتل مسئول است و به اتفاق فقها،[۳] قاتل عمد به شمار می‌آید و مجازاتش قصاص است؛ خواه او را مجّاناً عفو کرده باشد یا با اخذ مال از وی بگذرد[۴] زیرا جانی پس از عفو، معصوم‌الدم شده است.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۴۳؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۹۷؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۸۶ و ۳۸۷.

۲. *همان*، ج ۴، ص ۲۱۲.

۳. مقصود از «اتفاقاً»، اتفاق نظر فقهای اربعه است ولی فقهای دیگری غیر از آنان نظر دیگری دارند به عقیده‌ی حسن، از قاتل دیه گرفته می‌شود و به نظر عمربن‌عبدالعزیز، قاتل تعزیر می‌شود.

۴. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۴۷؛ *حاشیة‌الطهطاوی*، ج ۴، ص ۲۵۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۱۹۷؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۸۶؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۶۱؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۹۱.

هـ ـ از بین بردن اعضای بدن قاتل: در صورتی که ولی‌دم یکی از اعضای بدن قاتل را قطع کند، سپس او را عفو کند و قصاص ننماید به نظر ابوحنیفه و احمد باید دیه عضو تلف شده را بپردازد، زیرا عضوی را قطع کرده است که در حالت قطع ارزش داشت. دراین‌باره ابوحنیفه می‌گوید وی چیزی را استیفا کرده که به آن محق نبوده است و بازاء آن مسئول خواهد بود، زیرا ولی‌دم حق داشت که جانی را بکشد و حق نداشت عضو او را قطع کند. در این مورد قیاس ایجاب می‌کند تا قصاص شود، لیکن شبهه باعث سقوط قصاص می‌گردد. آن شبهه این است «در هر موردی که تلف عضو به تبعیت از قتل صورت پذیرفته باشد» و قصاص ساقط گردد، دیه واجب می‌شود. با این توضیح که حق ولی دم درباره‌ی اعضا، ضرورتاً با ثبوت قتل ثابت می‌گردد و این امر در حین تنفیذ قتل رخ می‌دهد و نه قبل از آن، پس اگر جانی را به قتل برساند، معلوم می‌شود که نسبت به اعضای او نیز به تبعیت از قتل نفس حق داشته است، و چنانچه او را به قتل نرساند، حق وی نسبت به اعضای جانی نه اصالتاً و نه به تبعیت ثابت نمی‌شود و از این رو مبرهن می‌شود که در صورت قطع عضو جانی، ولی دم چیزی را استیفا کرده است که حق او نبوده است.[1]

به نظر شافعی و ابویوسف و محمد از فقهای حنفی، در صورتی که ولی دم در جسم قاتل جراحت ایجاد کرده یا عضو او را قطع کند و از قتل او چشم‌پوشی نماید، مسئولیت ندارد ولی اگر پس از جرح یا قطع از قتل وی چشم‌پوشی نماید، مسئولیت ندارد ولی چنانچه پس از جرح یا قطع از قتل وی چشم‌پوشی نکند به سبب آن که پیش از قتل جانی را مثله کرده است تعزیر می‌شود. اینان عدم مسئولیت را به این نحو توجیه می‌کنند که در صورت عفو، ولی‌دم چیزی را تلف کرده است که حق داشت مجموعه‌ی آن را تلف کند و کسی که حق داشته باشد یک مجموعه و کل را تلف کند صحیح نیست تا در مقابل اتلاف جزئی از آن، مؤاخذه شود![2]

به عقیده‌ی مالک در صورتی که ولی‌دم در جسم جانی جراحت ایجاد کرده یا عضو او را قطع کند، اعم از آن که از قتل وی چشم‌پوشی کند یا او را به قتل برساند مسئولیت دارد و باید قصاص شود.[3]

۳۸۳. حکم مادون قتل: در صورتی که بر جانی، در مادون نفس قصاص واجب شود، مانند قطع انگشت یا دست یا گوش، جانی نسبت به مجنی‌علیه در همان حدود غیرمعصوم خواهد

---

۱. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۹۱؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۱۹ و ۳۲۰.

۲. *المهذب*، ج ۲، ص ۲۰۲؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۰۴.

۳. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۲۵؛ *المدونه*، ج ۱۶، ص ۲۲۲؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۹۱.

بود. دارنده‌ی حق قصاص، جز در عضو همانند در اعضای دیگر حق قصاص ندارد، اگر چنین کند، بزه‌کار عامد است و اگر عضو هم‌گون را قطع کند، مسئولیت ندارد و فقط به سبب عمل خودسرانه و تعجیل در قصاص تعزیر می‌شود. اگر کسی غیر از مجنی‌علیه که استحقاق ندارد، عضو جانی را قطع کند، مسئول است چون جانی نسبت به وی از عصمت بهره‌مند می‌باشد و تنها در مقابل مجنی‌علیه یا ولی او، مهدورالدم است.

اگر صاحبِ حق قصاص در زمان معین یا پیش از موعد اجرای حکم، جانی را قصاص کند و در اثر سرایت جراحت، جانی بمیرد، قصاص‌کننده مسئولیت ندارد زیرا مرگ جانی از عمل مباح که همان استعمال حق قصاص است ناشی گردیده است. شافعی و احمد و ابویوسف و محمد از فقهای حنفی چنین گفته‌اند و استدلالشان این است که مرگ جانی از عمل مأذون نشئت گرفته است و جرم به شمار نمی‌آید. آنچه از عمل مباح به وجود می‌آید خود نیز مباح خواهد بود. گذشته از آن که مجازات، حکمی لازم‌الاجراست اگر اعمال‌کننده‌ی مجازات در مقابل نتایجی که ممکن است از اعمال آن ناشی گردد مسئولیت داشته باشد، مجازات‌ها اعمال نمی‌شوند. به عقیده‌ی ابوحنیفه، چنین شخصی به سبب ارتکاب قتل شبه عمد مؤاخذه می‌شود و استدلالش این است که عمل مأذون، قطع عضو بوده، که حق دارنده‌ی قصاص است ولی وی بیش از حق خود استیفا کرده و سبب مرگ جانی شده است بنابر این، مسئولیت خواهد داشت.[1]

مالک با آن که به دلیل رعایت مصلحت جامعه، دارنده‌ی حق قصاص در عضو را مجاز نمی‌داند که شخصاً به استیفای آن مبادرت کند، می‌پذیرد که در اعمال قصاص حق دارد. به موجب یک قاعده‌ی کلی در نزد مالک، نتیجه‌ای که از قصاص پدید می‌آید، غیر مضمون است؛ به عبارت دیگر این نتیجه، مسئولیت کیفری در پی ندارد، به این ترتیب، چنانچه شخصی رأساً از جانی، قصاص عضو کند و در اثر آن، جانی بمیرد، مسئولیت ندارد لیکن به سبب تجاسر و خودسری، تعزیر خواهد شد.[2]

آنچه درباره‌ی احکام عفو در قتل و حالت‌های گوناگون آن بیان شد درباره‌ی عفو از قصاص عضو نیز انطباق دارد و بنابر این، موجبی برای تکرار آنها در میان نیست.

۳۸۴. سارق: هر کس به سرقتی دست بزند که مستوجب قطع عضو باشد، نسبت به همان عضو غیرمعصوم تلقی می‌گردد، و اعضای دیگر کماکان از عصمت برخوردار هستند. علت

---

۱. همان، ص ۴۴۳؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۰۰؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۲۷؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۰۵.
۲. *بدایة‌المجتهد*، ج ۳، ص ۳۴۲؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۴۴۳؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۵۳.

مهدور بودن آن عضو این است که مجازات قطع تلف‌کننده و در عین حال در زمره‌ی حدود است که اقامه‌ی آن واجب است و عفو و تأخیر در آن روا نیست. از این رو، قطع دست سارق تکلیف تلقی می‌گردد، نه حق و بر هر فردی اقامه‌ی آن واجب است؛ هرچند قوای عمومی عهده‌دار آن باشند و زمانی ساقط می‌گردد که عملاً اجرا شده باشد.

نتیجه‌ای که از مطلب فوق به دست می‌آید این است که اگر کسی دست یا پای سارق را که باید قطع شوند، ببرّد، تعقیب و مجازات نمی‌شود زیرا عضو غیرمعصومی را قطع کرده و تکلیفی را که شریعت بر او واجب ساخته بود انجام داده است. چنانچه قوای عمومی عهده‌دار این امر باشند، چنین شخصی به سبب خودسری در مقابل آنها، تعزیر می‌شود ولی به سبب قطع دست سارق، کیفر نمی‌بیند. البته به شرطی تحت عنوان خودسری تعزیر می‌شود که قوای عمومی خود را مکلف به اقامه‌ی حد بدانند.[1]

چنانچه قبل از ثبوت سرقت، دست سارق را قطع کند در صورتی که بتواند آن را به اثبات برساند، مسئولیت ندارد و اگر نتواند ثابت کند، مسئولیت دارد.[2]

چنانچه در اثر سرایت قطع عضو، سارق بمیرد در صورتی بازاء قتل مسئول شناخته می‌شود که در مقابل قطع عضو مسئول باشد و در این صورت مرتکب قتل عمد شده است. اگر در مقابل قطع عضو قابل مؤاخذه نباشد، بازاء قتل هم مؤاخذه نمی‌شود زیرا مرگ سارق در اثر قطع عضوی که واجب و تکلیف به شمار می‌آید ناشی گردیده است و اجرای تکلیف به شرط سلامت مقید نیست.

از نظر ابوحنیفه، تفاوت این حالت با حالت قصاص در این است که قصاص، حق صاحب قصاص است نه تکلیف او و وی در استعمال حقش مخیّر است، اگر بخواهد، عفو می‌کند و اگر مایل باشد قصاص می‌نماید. البته مستحب است که عفو کند. این توضیح لازم است که به عقیده‌ی ابوحنیفه، استعمال حق به شرط سلامت مقید می‌باشد. اما قطع عضو به سبب سرقت، تکلیف و واجب است چون حد به شمار می‌آید و اقامه‌ی حد بر هر فردی واجب است؛ هرچند حکومت به نیابت از جامعه، عهده‌دار آن باشد؛ گذشته از آن که ضرورت اقتضا می‌کند تا به منظور جلوگیری از تعطیل اقامه‌ی حدود آنچه از اجرای حد پدید می‌آید مورد مسامحه قرار بگیرد.[3]

شافعیه بنابر قاعده‌ی ویژه خود می‌گویند کسی که دست سارق را قطع می‌کند نباید مانند

---

۱. *همان*، ج ۶، ص ۳۲۱؛ *نهایة‌المحتاج*، ج ۷، ص ۲۵۴.
۲. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۶۹ و ۲۷۰؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۶۲.
۳. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۳۰۵؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۳۱۹.

او از اشخاص مهدور به شمار آید زیرا غیرمعصوم در مقابل همگنان خود از عصمت برخوردار است. این قاعده فقط مقبول شافعیه است، به عقیده‌ی برخی از آنان، سارق فقط نسبت به مال‌باخته معصوم نیست. این گروه قطع دست سارق را حق مال‌باخته به شمار می‌آورند. این رأی در مذهب شافعی ضعیف است.[۱]

گفتار ششم: حقوق و تکالیف حاکمان[۲]

۳۸۵. تکالیف حاکمان: شریعت اسلام تکالیفی را بر عهده‌ی حاکمان جامعه قرار داده و آنان را جهت حفظ مصالح جامعه به رعایت آنها ملزم دانسته است. این تکالیف را کارمندان دولت برحسب درجه و موقعیت شغلی‌شان، انجام می‌دهند پس اگر کارمند به تکلیف خود عمل کرد، بازاء آن مسئولیت کیفری ندارد؛ هرچند عمل ارتکابی به طور کلی شرعاً حرام باشد، مثلاً ارتکاب قتل علی‌الاصول بر هر کسی حرام است ولی اگر این قتل به منظور مجازات انجام پذیرد دیگر حرام نیست و مجازات ندارد. صدور حکم تحمل کیفر شلاق برای جانی و دستور اعمال آن، از وظایف متصدیان این مشاغل است و برای قاضی یا مجری حکم، مسئولیت نمی‌آورد؛ هرچند در اصل، کتک زدن به دیگران حرام است. بنابر این، صدور حکم بر قاضی و اجرای آن بر کسی که حکم صادره را اجرا می‌کند، نه تنها اصلاً حرام نیست بلکه واجب است و هیچ کدام در تکلیف خود دارای اختیار نیستند که بتوانند آن را اعمال نکنند.

قاعده این است که مأمور، مسئولیت کیفری نخواهد داشت در صورتی که از چارچوب و محدوده‌ای که برای مأموریتش در نظر گرفته شده است خارج نشود. اما اگر از آن چارچوب خارج شود در صورتی که عالمانه باشد، مسئولیت کیفری خواهد داشت، و چنانچه با حسن نیت و گمان این که در محدوده‌ی وظیفه‌اش عمل می‌کند، از حدود مأموریت خارج گردد از حیث کیفری مسئول نخواهد بود.[۳]

از موارد اعمال این قاعده، اقامه‌ی حدود است، هیچ یک از فقها در وجوب اقامه‌ی

---

۱. *الشرح البهجة*، ج ۵، ص ۳.

۲. حاکمان به عنوان عضوی از جامعه، همان حقوق و تکالیف افراد جامعه را دارند که درباره‌ی آن بحث شد لکن درمقام حاکم، حقوق و تکالیفی از نوع دیگر دارند. برای تمیز و بازشناسی این حقوق و تکالیف، این مبحث به آن اختصاص یافت.

۳. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۳۴؛ شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۲۱۷، ۲۱۸ و ۲۵۱؛ *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۳.

حدود اختلاف ندارند. در صورتی که بدون تعدی و تجاوز اعمال شود و احیاناً به نتیجه‌ی نامطلوب منتهی گردد، نسبت به اقامه‌کننده‌ی حق، مسئولیتی متوجه نخواهد بود زیرا ادای تکلیف و امر واجب به شرط سلامت مقیّد نیست و مکلّف ناچار است که به تکلیف خود عمل کند، پس کسی که نسبت به زانی غیرمحصن اقامه‌ی حد می‌کند و به او یکصد تازیانه می‌نوازد، چنانچه زانی در اثر شلاق بمیرد، مسئولیت نخواهد داشت اگر عملاً و یا به اشتباه بیش از یکصد تازیانه بزند و در اثر ضرب بمیرد، حسب مورد، مسئولیت دارد. در صورتی که محکوم در اثر ایراد ضرب فوت هم نکند، اقامه‌کننده‌ی حد در مقابل ضربات مازاد بر مقدار تعیین شده مسئول است. اگر امام به اجراکننده‌ی حد دستور دهد تا بیش از صد تازیانه بنوازد و مأمور، اطاعت از دستور او را واجب بداند و نداند که زیاده بر صد حرام است، مسئولیت، متوجه امام خواهد بود، و اگر بر حرمت زیاده مطلع باشد، خود مسئول است و دستور امام او را معاف نمی‌کند.

از موارد دیگر، اعمال این قاعده است که امام در هر موردی که رفتار ظالمانه داشته باشد و مردم را بیازارد، قصاص می‌شود، اگر کسی را بکشد، بازاء آن کشته می‌شود اگر عضو کسی را قطع کند، اعم از آن که شخصاً انجام دهد یا با ظلم و ستم مجنی‌علیه را به این امر محکوم سازد،[۱] به همان عمل قصاص خواهد شد.

هم‌چنان که امام در مقابل جرایم عمدی‌اش مسئول است در صورت اشتباه نیز مسئول خواهد بود، لیکن فقها، در این که ضمان این مسئولیت متوجه کیست، اختلاف دارند، به نظر برخی این ضمان متوجه امام و عاقله‌ی اوست، زیرا به سبب خطا و اشتباه حاکم واجب شده است و مسئولیت ناشی از آن مانند مسئولیت ناشی از خطای افراد عادی خواهد بود. به عقیده‌ی برخی دیگر این ضمان به عهده‌ی بیت‌المال است زیرا اشتباه و خطای امام زیاد رخ می‌دهد اگر ضمان آن را متوجه دارایی شخصی یا عاقله‌ی او بدانیم باعث اجحاف می‌شود، جدا از آن که امام برای جامعه عمل می‌کند نه خودش.[۲]

مالک و ابوحنیفه و احمد در تعزیرات هم قاعده‌ی مزبور را اعمال می‌کنند و عقیده دارند که اگر در اثر مجازات تعزیری، محکوم‌علیه بمیرد، امام مسئول نیست؛ اعم از آن که مجازات ذاتاً کشنده باشد، مانند اعدام یا غیرکشنده، مانند تازیانه، ولی اعمال آن باعث مرگ گردد. استدلالشان نیز این است که عمل محکوم‌علیه، باعث صدور حکم بر مجازات و اعمال آن

---

۱. شرح فتح‌القدیر، ج ۴، ص ۱۶۰ و ۱۶۱؛ المهذب، ج ۲، ص ۱۸۹؛ الشرح‌الکبیر، ج ۹، ص ۳۴۲ و ۳۴۳؛ مواهب‌الجلیل، ج ۶، ص ۲۴۲؛ المدونه، ج ۱۶، ص ۵۷؛ الام، ج ۶، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

۲. المغنی، ج ۱۰، ص ۳۳۴ و ۳۳۵؛ المهذب، ج ۲، ص ۲۲۸؛ الام، ج ۶، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

شده است و این که تعزیر، برای حفظ سلامت اشخاص و جامعه و نظم واجب است و اعمال واجب به شرط سلامت مقید نیست. پس چنانچه مأمور اجرای آن در محدوده‌ی قانونی عمل کرده و عمداً یا اشتباهاً خطا نکند، مسئولیت ندارد.[۱]

به نظر شافعی، چنانچه محکوم‌علیه مجازات تعزیری بمیرد یا خودِ مجازات کشنده باشد امام باید خون‌بهای مقتول را بپردازد زیرا امام حق دارد که جرم یا مجازات را مورد عفو قرار دهد، هم‌چنان که حق دارد مجازاتی را که با جرم و مجرم تناسب دارد اختیار کند از این‌ها گذشته، مقصود از تعزیر، تأدیب است نه هلاک کردن، بنابر این، اعمال آن مشروط است به این که نتیجه‌ی سالمی داشته باشد. پس چنانچه امام با مجازات متلف کیفر دهد یا مجازات به هلاکت محکوم‌علیه منتهی گردد، نسبت به او ضامن است.

به نظر شافعی، حد شرب خمر چنانچه بر چهل ضربه افزون گردد، تعزیر محسوب می‌گردد و اگر به سبب ضربات مازاد، محکوم‌علیه بمیرد، امام مسئول است زیرا مازاد بر چهل ضربه، تعزیر است و اعمال آن به شرط سلامت، مقید می‌باشد.

شافعی در توجه مسئولیت تعزیر مهلک یا تعزیری که در اثر آن محکوم بمیرد نسبت به امام، به فرمایش امام علی (ع) استناد می‌کند که فرمود: «درباره‌ی هیچ محکوم به حدی که بمیرد خود را مسئول نمی‌دانم، جز در مورد حد شرب خمر که پیامبر (ص) درباره‌ی آن چنین وضعی را به رسمیت نشناختند». هم‌چنین استناد می‌کند به مشاوره‌ای که عمر با ایشان در مورد زنی که احضار و از ترس سقط جنین کرده بود، انجام داد و عمر را ضامن خون‌بها دانست و او هم طبق نظر علی (ع) عمل کرد. و نیز استناد می‌کند به این که پیامبر (ص) در هر حال تعزیر را واجب ندانست و در تعزیرات، جرم و مجازات را مورد عفو قرار داد.[۲]

رأی ائمه‌ی ثلاثه با اصل مقبول قوانین موضوعه‌ی جدید سازگار است لیکن رأی شافعی به یک نتیجه‌ی خوب اجتماعی منتهی می‌گردد زیرا وقتی ورثه‌ی محکوم‌علیه که مورث آنها در اثر مجازاتی که مقصود از آن مرگ محکوم نیست، می‌میرد، مابازاء بگیرند، مورد حمایت و مساعدت قرار می‌گیرند و پرورش می‌یابند.

۳۸۶. حقوق حاکمان: از دیدگاه شریعت، حاکمان دارای همان حقوقی هستند که برای افراد عادی در نظر گرفته شده است. حاکمان علاوه بر آنها، نسبت به اشخاص عادی حق آمریت دارند. استعمال این حق نسبت به افراد، ایجاد تکلیف می‌کند که همان وجوب فرمان‌بری از

---

۱. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۴۹؛ شرح *الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۱۶؛ شرح *فتح القدیر*، ج ۴، ص ۲۱۲ و ۲۱۳.
۲. *اسنی المطالب*، ج ۴، ص ۱۶۳؛ شرح *البهجة*، ج ۵، ص ۱۰۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۲۸.

حاکم است. خداوند این حق و تکلیف را در آیه‌ی زیر مقرر داشته است: «یا ایها الذّین آمنوا اطیعوااللّه و اطیعواالرسول و اولی‌الامر منکم، فان تنازعتم فی شیء فردوه اِلی‌الله و الرسول» (نساء، ۵۹)

حق امر حاکم و وجوب اطاعت از آن هر دو مقید هستند، دستوردهنده حق ندارد به چیز مخالف شرع فرمان دهد و مخاطب حق ندارد ــ اعم از آن که مأمور رسمی باشد یا نباشد ــ در چیزی که با شرع مخالف است، از فرمان حاکم اطاعت کند. این مطلب از قول خداوند استفاده می‌شود «فان تنازعتم فی شیئی فردوه اِلی‌الله و الرسول» و هم‌چنین فرمایش پیامبر (ص) نیز مؤید آن است: «لا طاعة لمخلوقٍ فی معصیةالخالق» و (هر یک از فرمان‌روایان که شما را به غیر طاعت خداوند فرمان دهد از او تبعیت نکنید).

دستور حاکم، مأمور را از مسئولیت مبرا نمی‌سازد؛ هرچند موظف باشد تا از دستور او پیروی کند. چنانچه رئیس به مرئوس خود دستور دهد تا عمل خلاف شرعی را انجام دهد و او با آن که می‌داند دستور غیرقانونی است، آن را انجام دهد، مجازات عمل ارتکابی به عهده‌ی مأمور است زیرا در این حالت، فرمان رئیس، واجب‌الاطاعه نیست و او نباید آن را انجام دهد و از این رو در صورت عمل به دستور خودش، مسئول خواهد بود.

در صورتی که دستور صادره برخلاف قانون باشد و مأمور آن را نداند و به گمان این که اطاعت از دستور می‌کند آن را انجام دهد، مسئولیت ندارد. زیرا حسن نیت دارد و بر مأمور واجب است که در محدوده‌ی وظایف در اموری که معصیت تلقی نمی‌شوند از رئیس خود اطاعت کند.[1]

چنانچه رئیس، فرد تحت امر خود را مجبور سازد که دیگری را من غیر حق بکشد یا تازیانه بزند و مجنی‌علیه بمیرد، هر دو مسئولیت جزائی دارند زیرا اجبار، مرئوس را از مسئولیت مبرا نمی‌سازد؛ هرچند بسیار شدید و گریزناپذیر باشد زیرا اصل این است که اجبار به قتل، موجب معاف شدن مجبور از کیفر قتل نمی‌شود و چنانچه اجبار مادی، موجب معاف‌شدن مجبور از مجازات نشود به طریق اولی، اجبار معنوی هم موجب معافیت از مجازات نمی‌شود. واقعیت این است که اسلام برای رئیس، آن موقعیت را قایل نیست که بتواند مرئوس خود را در امور مخالف شرع به اطاعت وا دارد.

چنانچه آمر به مشروعیت دستور معتقد باشد و مأمور با آن که به مشروعیت آن عقیده ندارد ولی طبق دستور عمل کند، مسئولیت عمل ارتکابی متوجه اوست.

در آنچه گفته شد، تفاوت نمی‌کند که مأمور نظامی باشد یا غیرنظامی، پس صفت و

---

۱. *الشرح‌الکبیر*، ج ۹، ص ۳۴۲ و ۳۴۳؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۴، ص ۷ به بعد؛ *شرح‌الزرقانی*، ج ۸، ص ۱۰.

موقعیت شغلی مأمور، موجب مشروعیت فعل حرام او نمی‌شود. هم‌چنان که موقعیت آمر، موجب مجاز شمردن امری که از حدود وظایفش خارج است نمی‌شود.

۳۸۷. بررسی تطبیقی: موضع حقوق اسلامی درباره‌ی حق آمر و تکلیف مأمور با تازه‌ترین نظریه‌های قوانین موضوعه سازگار است. با این تفاوت که در قوانین موضوعه، نظامیان اجازه ندارند از دستور مافوق خود به هر نحوی مخالفت کنند و حال آن که سایرین مجاز هستند که از دستورهای خلاف قانون تبعیت ننمایند. شریعت اسلامی به این تفاوت معتقد نیست زیرا اطاعت از رئیس را در امور نامشروع قاطعانه حرام می‌داند؛ اعم از آن که مرئوس نظامی باشد یا غیرنظامی. بدون تردید حقوق اسلامی از این حیث نسبت به قوانین موضوعه تفوق دارد زیرا مرئوس را به گفتار حق تشجیع می‌کند و همه را بر یک چشم و بالسویه می‌بیند و رؤسا را ناتوان می‌کند که با قانون مخالفت کنند زیرا رئیس کسی را نمی‌یابد که دستور خلاف او را اجرا کند. این وضعیت، حاکمان و محکومان را به طور مساوی و به بهترین وجه تضمین می‌کند؛ تا از ارتکاب عمل خلاف قانون دست بردارند.

مبحث دوم: عوامل رافع مجازات

۳۸۸. علل معاف‌کننده از مجازات: در چهار حالت فاعل جرم از مجازات معاف می‌شود این چهار حالت عبارت‌اند از: اکراه؛ مستی؛ جنون؛ و کودکی.

در هر یک از حالت‌های فوق، فاعل، عملی را انجام می‌دهد که شرعاً حرام است و مجازات دارد، لیکن شارع به سبب حالتی که در شخص مرتکب وجود دارد او را از مجازات معاف می‌دارد. پس اساس معافیت از مجازات در شخص فاعل قرار دارد، برعکس علل موجهه یا اسباب اباحه که در آنها عامل معاف‌کننده از مجازات، صفتی است که در عمل ارتکابی وجود دارد. به این ترتیب، علل موجهه‌ی جرم یا اسباب اباحه از علل رافع مسئولیت به راحتی قابل تفکیک است که در نوع نخست، عامل معاف‌کننده در عمل ارتکابی قرار دارد و در علل رافع مسئولیت، وجود صفتی در فاعل، او را از مجازات معاف می‌کند. در ذیل هر یک از عوامل رافع مسئولیت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گفتار اول: اکراه

۳۸۹. تعریف اکراه: بعضی از فقها تعاریف ذیل را از اکراه ارائه داده‌اند: اکراه عملی است که

انسان نسبت به دیگری به کار می‌گیرد و اراده‌ی او را از میان می‌برد؛ یا در اراده‌اش اختلال ایجاد می‌کند. اکراه عملی است که از مکره سر می‌زند و در شخص مجبور حالتی به وجود می‌آورد که او را به انجام‌دادن فعل مقصود وادار می‌کند.

اکراه عبارت است از تهدید دیگری به نحوی که اراده‌ی او را از میان ببرد.[۱] برخی نیز اکراه را عبارت از عملی دانسته‌اند که به جسم انسان ضرر می‌رساند؛ یا او را روحاً متألم می‌کند.[۲] عده‌ی دیگری از فقها گفته‌اند اجبار عبارت است از تهدیدی که اکراه‌کننده قادر به اعمال آن است و در انسان عاقل این تأثیر را می‌گذارد که نسبت به مورد اکراه، اقدام کند و ظنّ غالب داشته باشد که اگر طبق دستور او عمل نکند تهدیدش را عملی می‌کند.[۳]

۳۹۰. انواع اکراه: اکره بر دو نوع است: اکراهی که اراده را از میان می‌برد و در قدرت انتخاب اختلال ایجاد می‌کند، در این اکراه بیم از دست دادن جان در میان است، آن را اکراه تام یا اجبار گریزناپذیر «اکراه ملجئی» می‌نامند. نوع دوم اکراهی است که تمایل قلبی، مکره را از میان می‌برد ولی در اراده‌ی وی ایجاد اختلال نمی‌کند معمولاً در این قبیل اکراه بیم از دست‌دادن جان وجود ندارد، مانند بازداشت برای مدت زمان کوتاه و ایراد ضربی که بیم هلاکت نداشته باشد، این اکراه را، اجبار ناقص یا «اکراه غیرملجی» می‌نامند.[۴]

اکراه ناقص در تصرفات حقوقی که به رضایت نیازمند است، مانند بیع و اجاره و اقرار تأثیر می‌گذارد و درباره‌ی جرایم مؤثر نیست.

اما اکراه تام در اموری که نیازمند رضا و اراده است، مانند ارتکاب جرم تأثیر می‌گذارد، مثلاً کسی که به ارتکاب زنا مجبور می‌شود، باید تحت تأثیر اکراهی قرار گرفته باشد که رضایت وی را از میان ببرد و در اراده‌اش اختلال ایجاد کند، محل بحث ما همین اکراه است.

به نظر برخی از فقهای مذهب احمد که غیرمشهور و ضعیف است اکراه بایستی با نوعی از شکنجه مانند کتک زدن، خفه کردن، فشاردادن ساق پا و غیره هم‌راه باشد و تهدید شفاهی را در تحقق اکراه کافی نمی‌دانند. در این مورد به داستان و سرنوشت عمار یاسر استناد می‌کنند که وقتی کفار او را گرفتند، از او خواستند تا از توحید دست بردارد، نپذیرفت، وقتی سر او را در آب فرو بردند که چیزی نمانده بود تا کشته شود به خواسته‌ی آنان جواب مثبت داد. پیامبر (ص) نزد او آمد در حالی که عمار گریه می‌کرد، آن حضرت در حالی که اشک

---

۱. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۱۷۹.　۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۴۵.
۳. *اسنی‌المطالب* و *حاشیة‌الشهاب‌الرملی*، ج ۳، ص ۲۸۲.
۴. *البحرالرائق*، ج ۳، ص ۸۰.

چشمان عمار را پاک کرد می‌فرمود: «مشرکین تو را گرفتند و سرت را در آب فرو بردند و به تو دستور دادند تا نسبت به خداوند مشرک باشی و تو چنین کردی اگر یک بار دیگر تو را گرفتند باز هم چنین کن». و هم‌چنین به گفته‌ی عمر استناد می‌کنند «اگر کسی را گرسنه نگه‌دارم یا بزنم یا به بند درآرم، در این صورت چنین شخصی، امین نفس خود نیست» این فقها عقیده دارند که تحقق اکراه، مستلزم آن است که یک فعل مادی علیه مکره صورت پذیرد تا او را به انجام‌دادن مورد اکراه وادار سازد، و اگر اکراه مادی و مسبوق به عملی که از مکره سرزده نباشد، فاعل جرم، مجبور تلقی نمی‌گردد.[1]

رأی قوی و مشهور مذهب احمد با رأی مالک و ابوحنیفه و شافعی برابر است و تهدید شفاهی را اکراه تلقی می‌کند و عقیده دارد که اکراه غالباً با تهدید به ایراد ضرب یا قتل یا شکنجه و از این قبیل به وجود می‌آید، و آزار و اذیتی که بر مکره روا داشته شده است؛ با انجام‌دادن مورد اکراه از میان نمی‌رود و چون رخ داده است، بیم وقوع آن معنا ندارد، بلکه ترس و وحشت از چیزی است که تهدید شده است، در صورتی که تهدید عملی شد، ترس و وحشت هم پایان می‌یابد. بنابر این، آنچه با انجام‌دادن مورد اکراه دفع می‌شود، همان شکنجه و آزاری است که وعده داده شده، نه چیزی که قبلاً به وجود آمده است.[2]

به این ترتیب، اکراه ممکن است مادی و واقعی باشد و ممکن است به صورت معنوی و منتظرالوقوع درآید. نوع اوّل همان است که تهدید و وعید در آن، صورت واقع به خود گرفته باشد و نوع دوم آن است که وقوع تهدید قابل انتظار باشد.

۳۹۱. شروط اکراه: برای تحقق اکراه، شرایط ذیل ضروری است اگر این شرایط برقرار نباشند به وجود نمی‌آید و فاعل جرم، مکره شمرده نمی‌شود.

اولاً: تهدید باید بسیار خطرناک «ملجئی» باشد.[3] به عبارت دیگر باید تهدید از اموری به شمار آید که در صورت وقوع بسیار زیان‌بار است. این تهدید مانند قتل و ایراد ضرب شدید و بازداشت طویل‌المدت، رضایت و تمایل قلبی مکره را از میان می‌برد. البته خطرناک و زیان‌بار بودن تهدید یک مسئله‌ی موضوعی است که نسبت به افراد گوناگون و ابزار تهدید ممکن است مختلف باشد. گاهی یک چیز که در مورد شخصی اکراه تلقی می‌شود ممکن است برای شخصی دیگر یا با ابزار دیگری اکراه به شمار نیاید. پاره‌ای از افراد، از تحمل ضربات متعدد، متضرر نمی‌شوند ولی برخی ممکن است از یک ضربت متضرر گردند.

---

۱. *المغنی*، ج ۸، ص ۲۶۰؛ *الشرح‌الکبیر*، ج ۸، ص ۲۴۰.

۲. *المغنی*، ج ۸، ص ۲۶۱؛ *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۸۰؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۳، ص ۲۸۲ و ۲۸۳؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۴۵ و ۴۶.

۳. یعنی عادتاً تحمل‌ناپذیر باشد.

بعضی ممکن است پذیرای بازداشت طولانی باشند و برخی دیگر آن را یک شب هم تحمل ننمایند. در جرم قتل، تهدید به ایراد ضرب و زندان و کشتن، اکراه به حساب نمی‌آیند، ولی در شرب خمر و سرقت از عوامل اکراه شمرده می‌شوند. تهدید به ضرب ساده نسبت به کسی که شخصیت قابل‌توجهی ندارد اکراه تلقی نمی‌شود ولی برای اشخاص صاحب نام، چون باعث خرد شدن شخصیت و شهرت او می‌گردد، از عوامل اکراه به حساب می‌آید به اتفاق فقها،[1] تهدید به دشنام و فحاشی و قذف، اکراه تلقی نمی‌شود.

دستور شخصی مقتدر بدون این که با وعده و وعید هم‌راه باشد در صورتی که مفهوماً بیان کند که نتیجه‌ی مخالفت، قتل یا ضرب شدید، یا بازداشت طویل‌المدت است، به تنهایی اکراه تلقی می‌شود اما دستور کسی که اقتدار ندارد اکراه نیست مگر آن که مأمور بداند اگر اطاعت نکند تهدیدش عملی خواهد شد؛ یا عادت دستوردهنده به این باشد که هر کس برخلاف دستورش عمل کند آن تهدیدات را درباره‌ی او روا می‌دارد.[2]

دستور شوهر به زن در حکم دستور سلطان است، البته اگر بترسد که در صورت نافرمانی، تهدیدات زوج عملی خواهد بود، ولی چنانچه بدون واهمه و ترس از اعمال تهدیدات، از دستور زوج فرمان برد؛ اکراه محقق نیست.[3]

چنانچه تهدید رو در روی مخاطب به عمل آید به اتفاق آراء اکراه است و اگر به واسطه صورت پذیرد، مسئله اختلافی است، به عقیده‌ی مالکیه در این صورت هم، اکراه است.[4] حنفیه آن را اکراه نمی‌دانند، برخی از آنان می‌گویند در صورتی که واسطه‌ی تهدید، پدر یا فرزند یا سایر خویشاوند محرم باشد، اکراه به وجود می‌آید. این سخن با رأی شافعیه سازگار است.[5]

به نظر حنابله، چنانچه تهدید رو در روی پسر یا پدر صورت پذیرد، اکراه به وجود می‌آید.[6]

به نظر مالک و شافعی و احمد، چنانچه مکره به تلف‌کردن مال تهدید کند اگر آن مال کم‌ارزش و ناچیز نباشد، اکراه محقق است و اگر کمتر باشد، محقق نیست، کم و ناچیز بودن

---

۱. *المغنی*، ج ۸، ص ۲۶۱؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۴۵.

۲. *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۱۱۲.　　۳. *همان منبع*، ص ۱۲۰.

۴. *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۴۵؛ *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۱۱۰؛ *اسنی‌المطالب و حاشیة‌الشهاب‌الرملی*، ج ۳، ص ۲۸۳.

۵. *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۱۱۰؛ *اسنی‌المطالب و حاشیة‌الشهاب‌الرملی*، ج ۳، ص ۲۸۳.

۶. *الاقناع*، ج ۴، ص ۴.

مال یا ناچیز نبودن آن با شخص و میزان ثروت او سنجیده می‌شود، یک مال نسبت به شخصی ممکن است ناچیز باشد و نسبت به شخص دیگری ناچیز نباشد.[۱]

علی‌الاصول در مذهب ابوحنیفه تهدید به اتلاف مال هرچند تلف آن ضرر بزرگی را به صاحب مال متوجه سازد، اکراه تلقی نشده است. زیرا انسان‌ها در معرض تهدید قرار می‌گیرند و نه اموال لیکن پاره‌ای از فقهای این مذهب، تهدید به اتلاف مال را با اختلاف نظر اکراه دانسته‌اند، برخی می‌گویند برای تحقق اجبار بایستی کل دارایی در تهدید اتلاف قرار بگیرد و به نظر برخی، کافی است که بخشی از اموال در معرض تهدید باشد که از تلف آن ضرر بزرگی متوجه صاحب مال می‌گردد.[۲]

برای تحقق و ایجاد اکراه لازم است که مکره با کار نامشروعی تهدید خود را اعمال کند، به عبارت دیگر، تهدید باید غیرقانونی و غیرمشروع باشد؛ چنانچه تهدید با امر مشروع صورت پذیرد، اکراه معنا ندارد، مثلاً کسی که به تحمل حبس یا شلاق محکوم شده است تهدید شود که اگر دست به ارتکاب جرم نزند آن احکام درباره‌اش اجرا خواهد شد، و او نیز برای فرار از تحمل حبس یا شلاق، مرتکب بزه شود، در این صورت، حالت اکراه به وجود نمی‌آید زیرا مورد تهدید، فعل مشروع است و چنین نیست که در اثر تهدید دست به ارتکاب جرم زده باشد، بلکه چنین فرض می‌شود که با میل و رغبت آن را انجام داده است.[۳]

ثانیاً: تهدید باید فعلیت داشته باشد:[۴] یعنی انتظار برود که اگر مطابق دستور عمل نشود، تهدید عملی خواهد شد، اگر چنین نباشد، حالت اکراه به وجود نمی‌آید. زیرا شخص مکره فرصت کافی دارد که استمداد بطلبد، به علاوه در این صورت عاملی وجود ندارد که او را به سرعت به ارتکاب بزه وادار سازد. فعلیت داشتن و حال بودن تهدید یا عدم آن، از اوضاع و احوال حاکم بر شخص مجبور و از ظّن غالب وی که بر عوامل معقولی استوار باشد، استنباط می‌شود.

ثالثاً: مکره قادر به اعمال تهدید خود باشد، چنانچه وی نسبت به اعمال تهدید خود قدرت داشته باشد، حالت اکراه به وجود می‌آید و الّا وجود اکراه معنا ندارد. منظور از توانایی در اعمال تهدید، صفت شخصی و اقتدار شغلی نیست، مانند حاکم یا کارمند عالی‌رتبه، مقصود آن است که مکره بتواند تهدید خود را عملی کند، موقعیت شغلی و شخصی اعتبار ندارد.

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۴، ص ۴۵؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۲، ص ۲۸۲؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۴؛ *المغنی*، ج ۸، ص ۲۶۱.
۲. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۸۲.
۳. حاشیة ابن‌عابدین، ج ۵، ص ۱۲۰؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۳، ص ۲۸۲؛ *المغنی*، ج ۸، ص ۲۶۰.
۴. حاشیة ابن‌عابدین، ج ۵، ص ۱۰۹.

رابعاً: مکره ظّن غالب داشته باشد که چنانچه طبق دستور عمل نکند، تهدید مکره عملی خواهد شد. اگر اعتقاد داشته باشد که وی در کارش جدی نیست یا بتواند از هر راه دیگری تهدید او را از میان ببرد و با این حال نسبت به مورد مطالبه، اقدام نماید، مکره تلقی نمی‌شود. این ظّن غالب باید بر اسباب معقول مبتنی باشد.

۳۹۲. حکم اکراه: برحسب نوع جرم، حکم اکراه هم مختلف خواهد بود. در برخی از جرایم هیچ تأثیری ندارد، در برخی از آنها، از عوامل رافع مسئولیت کیفری است و صفت محرمانه‌بودن را از عمل ارتکابی می‌گیرد، در برخی دیگر مسئولیت کیفری می‌ماند ولی معاف‌کننده از مجازات است، بنابر این، جرایم نسبت به اکراه سه نوع است:

۱ـ جرایمی که در آنها بی‌تأثیر است و فعل ارتکابی را مباح و مجاز نمی‌سازد؛

۲ـ جرایمی که وصف مجرمانه را از آنها می‌گیرد؛

۳ـ جرایمی که فقط مجازاتشان را از میان می‌برد و وصف مجرمانه را از آنها سلب نمی‌کند.

۳۹۳. جرایمی که اکراه در آنها بی‌تأثیر است: فقها به اتفاق آراء عقیده دارند که اکراه ملجئی یعنی اجباری که عادتاً تحمل‌پذیر نباشد در مورد جرایم قتل و قطع عضو و ایراد ضرب مهلک،[1] عامل معاف‌کننده از مجازات نیست. و به این آیه‌ها استناد می‌کنند که خداوند می‌فرماید: «و لاتقتلواالنفس‌التی حرم‌الله الا بالحق» (انعام، ۱۵۱) و «والذین یؤذون المؤمنین و المؤمنات بغیر مااکتسبوا فقداحتملوا بهتاناً و اثماً مبینا» (احزاب، ۵۸) و از آن حیث شخص مکره را قابل مجازات می‌دانند که مجنی‌علیه را به سبب حفظ جان خود با این اعتقاد که اگر او را بکشد، خود را نجات داده و از شر اجبارکننده خلاص شده، کشته است.

ظاهراً فقها عقیده دارند که هر جرمی ممکن است تحت تأثیر اکراه، مباح، و ارتکابش مجاز باشد، به استثنای قتل و تجاوزی که هلاک‌کننده است، زیرا این جرایم بزرگ و خطرناک‌اند و مسامحه در آنها، پی‌آمدهای خطرناکی خواهد داشت و از این رو درباره‌ی آنها سخت‌گیری دارند و اجمالاً در مجازات آنها، اجبار را مؤثر نمی‌شناسند. لیکن در نوع مجازات، اختلاف نظر دارند. مالک و احمد به قصاص شخصی که تحت تأثیر اکراه دست به قتل زده است، نظر داده‌اند.[2] در مذهب شافعی دو رأی مطرح است: رأی مشهور و قوی بر قصاص تأکید دارد و طرف‌داران رأی دیگر، اجبار را شبهه تلقی می‌کنند و قصاص را ساقط

---

۱. *البحرالرائق*، ج ۸، ص ۷۴ و ۷۷.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۲؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۳۱؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۱۷۱.

می‌دانند و مکره را به پرداخت خون‌بها مکلف می‌سازند[1] در مذهب ابوحنیفه[2] نیز حکم مسئله مورد اختلاف است. زفر به قصاص عقیده دارد، ابوحنیفه و محمد عقیده دارند که با مجازات تعزیری یعنی مجازاتی که شارع متناسب بداند کیفر می‌بینند و ابویوسف، مکره را به پرداخت دیه مکلف می‌داند.

رأی فقها در مجازات کسی که تحت تأثیر اکراه، به قتل یا قطع عضو یا ایراد ضرب مهلک دست می‌زند، تماماً با آنچه طرف‌داران مذهب مادی بیان کرده‌اند، در نتیجه یکسان است. به عقیده‌ی این حقوق‌دانان در حالت اجبار، دو حق یا دو مصلحت با هم‌دیگر در تعارض قرار می‌گیرد و شخص میان ارتکاب بزه یا تحمل خطری که او را تهدید می‌کند و به عبارت دیگر، میان نجات جان خود و نجات جان دیگری، یکی را انتخاب می‌کند. در صورتی که چیز کم‌ارزش را قربانی کند، مانند سرقت گرده نانی برای نجات انسان گرسنه، او را مجازات‌پذیر نمی‌دانند اما در صورتی که هر دو مصلحت یکسان باشد، یا گران‌قیمت را قربانی حفظ چیز کم‌ارزش بکند، شایسته‌ی مجازات می‌دانند.[3] این نظریه در کشور انگلستان و در واقعه‌ای که ملخّص آن به شر حی که می‌آید، عملی شد. یک کشتی غرق شد و از سرنشینان آن دو نفر مسیحی (قبطی)، یک مستخدم و یک شخص دیگر نجات یافتند و سوار یک کرجی شدند و هجده روز در سخت‌ترین شرایط در داخل کرجی ماندند، بعد از آن، دو نفر قبطی و شخص دیگر تصمیم گرفتند خادم را بکشند تا از خونش بنوشند و از گوشت تنش تغذیه کنند، و تصمیم خود را عملی کردند. دادگاه آنها را به اعدام محکوم و سپس مجازات را به زندان تبدیل کرد.

۳۹۴. جرایمی که اکراه، باعث سلب وصف مجرمانه از آنها می‌شود: در هر عمل حرامی که شارع انجام‌دادن آن را در حالت اکراه مباح می‌داند، مانند اکل میته و خوردن خون، اکراه، عامل رفع مسئولیت کیفری است. خداوند می‌فرماید «آنچه را خدا بر شما حرام کرده مفصلاً بیان شده است که از آنها هم به هر چه ناچار شوند باز حلال است» (انعام، ۱۱۹) و «پس هرکس به خوردن آنها محتاج شود چنانچه از حد نیاز تجاوز نکند، گناهی بر او نخواهد بود» (بقره، ۱۷۳) خوردن مردار و خون در غیر حالت اکراه حرام است ولی در صورت اکراه مجاز می‌شود و ارتکاب آن هرچند در اصل ممنوع است، مسئولیت‌آور نخواهد شد زیرا اکراه، حرمت را از میان می‌برد. مطابق رأی مشهور شخص مکره، در صورت عدم اطاعت از فرمان

---

۱. *تحفةالمحتاج*، ج ۴، ص ۷؛ *المهذب*، ج ۳، ص ۱۸۹.

۲. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۷۹.

۳. *الموسوعةالجنائیه*، ج ۱، ص ۴۹۲.

مکره، بین خود و خدایش مرتکب گناه می‌شود؛ زیرا با خودداری از قبول دستور وی، خود را به هلاکت می‌اندازد.[۱]

اکراه رافع مسئولیت، باید اجبار کامل محسوب گردد و در صورتی که ناقص باشد، عمل ارتکابی کماکان قابل مجازات می‌ماند.

با مراجعه به نصوص می‌توان اعمال حرامی را که در آنها اکراه، به رفع مسئولیت کیفری می‌انجامد شناسایی کرد، این اعمال از نوعی هستند که فقها در حالت اضطرار و ضرورت آنها را حلال دانسته‌اند والّا از این نوع محسوب نمی‌شدند. علی ای حال، مأکولات و مشروبات حرام مانند خوردن مردار و گوشت خوک و خون و نجاسات از این نوع هستند.

فقها درباره‌ی شرب خمر اختلاف دارند، ابوحنیفه و شافعی و احمد عقیده دارند که حالت اکراه، موجب مباح شمردن شرب خمر می‌شود. به نظر مالک، اکراه، عامل رفع مجازات است، لیکن در حرمت آن تأثیر نمی‌گذارد، و کسی که آن را می‌نوشد فقط به لحاظ فقد اراده کیفر نمی‌شود.[۲]

مسئولیت مدنی ناشی از جرایم مزبور: قاعده این است که انسان در مقابل ارتکاب عمل مباح، مسئولیت جزائی و حقوقی ندارد و در این نوع جرایم، اکراه، موجب مشروعیت عمل ارتکابی می‌شود و لذا به سبب ارتکاب خود جرم، مسئولیت مدنی به وجود نمی‌آید. بلکه اگر ارتکاب آن مستلزم ارتکاب عمل دیگری باشد که به زیان دیگری است، مسئولیت مدنی به وجود می‌آید، مثلاً خوردن گوشت خوک حرام است و اکراه، موجب مجاز شمردن خوردن آن می‌شود و این عمل جرم تلقی نمی‌شود و اگر آن را خریداری کند و بخورد، مسئولیت مدنی هم ندارد، لیکن اگر به خوردن آن مکره شود و برای تهیه، آن را از کسی که می‌تواند مالک گوشت خوک باشد غصب کند یا سرقت نماید، معادل قیمت آن در قبال مالک، مسئولیت مدنی دارد. واقعیت این است که مسئولیت مدنی مزبور، از خوردن گوشت خوک ناشی نمی‌گردد بلکه غصب و یا سرقت آن موجب پدیداری مسئولیت مدنی می‌شود، که هر دو جرم است ولی به سبب اکراه، کیفر ندارند و معافیت از مجازات، مانع از توجه مسئولیت مدنی نخواهد بود.

۳۹۵. بررسی تطبیقی: اختلاف حقوق اسلامی با قوانین موضوعه، در این است که حقوق اسلامی در پاره‌ای از جرایم، اکراه را از عوامل موجهه‌ی جرم می‌شناسد. به عبارت دیگر

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۷۶؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۲۴۵ به بعد؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۲۲۹.
۲. مراجع پیشین و *مواهب‌الجلیل*، ج ۵، ص ۳۱۸؛ *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۲۷.

آنها را در صورت اکراه، جرم قلمداد نمی‌کند و حال آن که قوانین موضوعه، اجبار را عامل رفع مسئولیت و معاف‌کننده از مجازات می‌داند. واقعیت این است که تعداد این قبیل جرایم محدود است و از آن حیث ممنوع شده‌اند که ارتکاب آنها مضّر است؛ مثلاً شرب خمر و خوردن مردار و گوشت خوک حرام است؛ چون قبل از هر چیز سلامت شخص را به خطر می‌اندازد. پس این اعمال به سبب رعایت مصالح افراد حرام شده‌اند و مصلحت دیگران در حرمت آنها در نظر نیست، بنابر این، اگر حرمت آنها باعث ضرر بزرگ‌تر می‌شود و به عبارت دیگر حکمت و فلسفه‌ی تحریم از میان برود، عادلانه خواهد بود که مباح قلمداد شوند. اما در اعمال ممنوعه‌ی دیگر غیر از مأکولات و مشروبات حرام، رعایت مصلحت دیگران اساس و علت حرمت آنهاست و اعم از آن که شخص تحت تأثیر اجبار، مرتکب آنها شود یا آزادانه مبادرت کند، منافع دیگران را به خطر می‌اندازد، بنابر این، فلسفه‌ی حرمت، در هر دو حالت یعنی اجبار و حالت اختیار برقرار است و از این نظر هم هست که در هر دو حال، عمل ارتکابی وصف مجرمانه‌ی خود را از دست نمی‌دهد و مرتکب آن به سبب اجبار، فقط از مجازات معاف می‌شود.

شاید بتوان گفت که حقوق اسلامی دراین‌باره نسبت به قوانین موضوعه از منطق دقیق‌تری برخوردار است؛ مثلاً در قانون جزای مصر، کشتار در خارج از کشتارگاه قابل مجازات دانسته شده است.[1] فلسفه‌ی تحریم آن در این است که ممکن است حیوان مبتلا به مرض را ذبح کنند و باعث بیماری کسانی شود که از گوشت آن می‌خورند. پس اگر گرسنگی کسی را وادار کند که از این نوع ذبیحه بخورد؛ به رغم آن که مقصود از تحریم آن حفظ سلامت او بوده و نیز به رغم آن که حرمت آن در حالت اضطرار، به زیان حیات شخص منتهی می‌گردد، با آن که فلسفه‌ی تحریم از میان رفته است، عملش جرم تلقی می‌شود؛ هرچند مجازات ندارد به این ترتیب، هر جا که حقوق اسلامی با قوانین موضوعه مخالف است، متوجه می‌شویم که حقانیت و عدل و منطق و مصلحت در جانب آن قرار دارد.

۳۹۶. جرایمی که اکراه باعث معافیت آنها از مجازات است: به جز جرایمی که قبلاً بدانها اشاره شد، اکراه کامل در هر جرم دیگری با بقای اصل، باعث از میان بردن حرمت مجازات می‌شود زیرا شخص مکره با رضایت و اراده‌ی صحیح آن را انجام نمی‌دهد و انسان هنگامی در مقابل عمل خود مسئول است که آن را با عقل و اختیار انجام دهد، و در صورت انعدام

---

۱. مادّه‌ی یک از لایحه‌ی قانونی کشتارگاه‌ها.

اراده و عقل، مجازات نمی‌شود. پس سبب معافیت از مجازات، در شخص فاعل قرار دارد نه در عمل ارتکابی، و از این رو فعل مزبور حرام باقی می‌ماند و فاعل از مجازات معاف می‌شود.

به شرطی فاعل جرم از مجازات معاف می‌شود که با اکراه کامل اعم از آن که مادی یا معنوی باشد، مواجه گردد؛ اکراه ناقص باعث رفع مجازات نمی‌شود.

جرایم قذف و فحاشی و سرقت و تخریب مال غیر از این موارد است چنانچه شخصی تحت تأثیر اکراه کامل به یکی از آنها دست بزند، کیفر نمی‌بیند. خداوند می‌فرماید: «الّا من اُکره و قلبه مطمئن بالایمان» (نحل، ۱۰۶) لیکن این اعمال در ذات خود کماکان حرام باقی می‌مانند، زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «جان و ناموس و مال مسلمان بر مسلمانان دیگر حرام است».

فقها در مورد زنا کردن مرد در فرض اکراه اختلاف نظر دارند، ابوحنیفه در آراء اولیه خود می‌گفت، یک مرد زمانی می‌تواند زنا کند که حالت نعوظ به وی دست بدهد و نعوظ نشانه‌ی وجود شهوت و اراده است، پس اگر مردی در حالت اکراه بتواند زنا کند، نشانه‌ی آن است که تحت تأثیر اکراه نیست و باید مجازات شود. ابوحنیفه بعدها از این رأی عدول کرد؛ زیرا نعوظ ممکن است نشانه‌ی رجولیت باشد و نه دلیل وجود اراده[1] در مذاهب مالک و شافعی و احمد کسانی هستند که نظرشان مانند رأی اولیه‌ی ابوحنیفه است لیکن اینان در اقلیت‌اند و رأیشان ضعیف است. به موجب رأی مشهور، حالت اکراه، زانی را از مجازات زنا معاف می‌کند. زیرا تهدید و ترسانیدن به سبب زنا نکردن است و نه برای انجام‌دادن آن. بنابر این، نفس فعل، مورد تهدید نیست و لذا مانعی وجود ندارد که به انسان حالت نعوظ دست بدهد.[2]

اما به اتفاق آراء، زنی که به زنا مکره شود از مجازات معاف است زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید: «رفع عن امتی‌الخطاء والنسیان و مااستکرهوا علیه» از زمان پیامبر اکرم بر این روش عمل می‌شد. چون روایت شده است که زنی در دوران حضرت محمد به زنا دادن مکره شده بود لکن به وی حد نزدند. در مورد زن تفاوت نمی‌کند که تحت تأثیر اکراه مادی که امروزه به آن اجبار مادی گفته می‌شود، به زنا وادار شود یا در اثر تهدید و فشارهای معنوی که به آن اجبار معنوی گفته می‌شود. از قضایای مشهور تاریخ اسلام، داستان زنی است که تشنه بود و از چوپانی درخواست آب کرد و چوپان تمکین زن را شرط استفاده از آب قرار داد، او هم قبول کرد، وقتی موضوع نزد عمر مطرح شد، از علی (ع) نظر خواست،

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۸۰.

۲. *مواهب‌الجلیل*، ج ۵، ص ۲۹۴؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۹۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.

حضرت علی (ع) نظر دادند که زن در حالت اضطرار بوده است و مجازات ندارد زیرا خداوند می‌فرماید: «فمن اضطُرَّ غیر باغ و لاعاد فلا اثم علیه». عمر هم او را از مجازات معاف کرد.

مسئولیت مدنی: چنانچه شخص مکره در اثر جرم ارتکابی به دیگران ضرر بزند، هرچند از مجازات آن معاف است در مقابل زیان دیده از جرم، مسئولیت دارد. زیرا به موجب قاعده‌ی کلی شرعی، جان‌ها و اموال مردم هستند، یعنی تجاوز به آنها حرام است. و عذر شرعی، عصمت مجنی‌علیه را از میان نمی‌برد، به عبارت دیگر، آنچه برای فاعل جرم، عذر شرعی به حساب می‌آید، جرم را مباح نمی‌سازد. پس اگر فاعل جرم، از مجازات معاف می‌شود، ملزم است تا ضرری را که به دیگری وارد ساخته و با آن خود را از هلاکت رها کرده است، جبران نماید.

اسلام در این قسم از جرایم با قوانین موضوعه نظر واحدی دارد. در قانون جزای مصر، فاعل جرمی که به منظور حفظ خود یا دیگری از خطرهایی که آنان را تهدید می‌کند یا به احتمال قریب به یقین او و یا دیگری را در معرض خطر قرار می‌دهد و در ایجاد آن، اراده‌اش دخالت ندارد و به نحو دیگری نیز قادر به جلوگیری از آن نیست و از این رو دست به ارتکاب جرم می‌زند، از مجازات معاف دانسته شده است، و دراین‌باره با قوانین اسلامی هیچ اختلافی ندارد.[1]

موضع قوانین وضعی در مورد مسئولیت مدنی شخص مکره با موضع حقوق اسلامی یکسان است.

۳۹۷. مبنای نظریه‌ی اکراه در حقوق اسلامی: درگذشته مبنای اکراه در جرایمی که به سبب آن وصف مجرمانه‌ی خود را از دست می‌دهند، بیان شد. اینک مبنای قانونی حالت‌های دیگر اکراه بیان می‌شود. از تتبع و بررسی آراء فقها چنین بر می‌آید که به نظر آنان، اکراه تام، قصد و اراده را از میان می‌برد، شخص مکره هرچند اراده‌ی خود را به طور کلی از دست نمی‌دهد، اکراه، در اراده‌ی او اختلال ایجاد می‌کند و دایره‌ی آن را مضیّق می‌سازد، به نحوی که نمی‌تواند جز یکی از دو امر را انتخاب کند؛ یعنی دست به ارتکاب جرم بزند یا خود را در معرض تهدید قرار دهد. مسئولیت کیفری زمانی منعدم می‌شود که اراده از بین برود، و در صورتی که اراده محصور شود و دایره‌اش به شرحی که بیان شد مضیّق گردد، باز هم معدوم فرض نمی‌شود؛ زیرا در هر حال می‌تواند انتخاب کند.

---

۱. به مادّه‌ی ۶۱ از قانون جزای مصر مراجعه شود.

شخص مکره زمانی که ارتکاب جرم را بر می‌گزینند به دیگری ضرر می‌زند و زمانی که تهدید را به جان می‌خرد، به‌خود زیان می‌رساند و این هر دو شرعاً ممنوع است. شریعت، هم اضرار به غیر را حرام می‌داند و هم مردم را از افتادن به هلاکت باز می‌دارد. پس شخص مکره، در صورت انتخاب، یکی از دو امر حرام یا یکی از دو ضرر را برمی‌گزینند. حقوق اسلامی در مورد این حالت دو قاعده‌ی حقوقی دارد: قاعده‌ی نخست آن است که ضرر با ضرر مشابه جبران نمی‌شود. به اقتضای این قاعده، انسان مجاز نیست که ضرری را با ضرر دیگر دفع کند، مثلاً حق ندارد به زیر آب رفتن زمین خود را با زیر آب بردن زمین دیگری منتفی کند؛ یا برای حفظ مال خود، مال دیگران را تلف سازد. هیچ درمانده‌ای حق ندارد غذای درمانده‌ی دیگری را تناول کند. قاعده‌ی دوم آن است که به سبب جلوگیری از ضرر بزرگ‌تر، ضرر کوچک‌تر ارتکاب یابد. به اقتضای این قاعده، اگر انسان مکره باشد به یکی از دو ضرر دست یازد، مجاز است که به سبب جلوگیری از ایراد ضرر شدیدتر، به ضرر کوچک‌تر دست بزند و عکس این حالت جایز نیست. رعایت این دو قاعده، شخص مکره را ملزم می‌سازد که از میان دو حالت یکی را برگزیند و او، وقتی به این انتخاب دست می‌زند، در واقع انتخاب نمی‌کند بلکه اولاً به حکم اکراه، ناچار از انجام‌دادن آن است؛ ثانیاً به حکم شریعت عمل می‌کند. به این ترتیب، چنانچه شخص مکره مطابق دو قاعده‌ی مذکور عمل کند، اراده‌اش به صورت کامل از بین می‌رود، در نتیجه مسئولیت کیفری به سبب انعدام اراده از میان می‌رود و مجازات منتفی می‌شود. اما اگر برخلاف حکم دو قاعده‌ی یاد شده، عمل و ضرر را با ضرری مثل آن رفع کند یا برای جلوگیری از ورود زیان سبک‌تر، به ارتکاب ضرر بزرگ‌تر دست یازد، دست به انتخاب زده است و این انتخاب، مسئولیت کیفری را معدوم نمی‌سازد و مجازات را از میان نمی‌برد؛ هرچند دایره‌ی اراده، مضیّق و محدود است.

احکام اکراه در حقوق اسلامی دقیقاً در ادامه‌ی قواعد یاد شده است. در صورتی که شخص مکره دیگری را بکشد یا عضو او را قطع کند و یا به وی ضربت کشنده وارد سازد، این امور را به سبب آن که حق ندارد، ضرری را با ضرر همانند و یا شدیدتر از آن جبران کند و چون چنین کند دست به انتخاب زده است و این اختیار، به رغم ضیق دایره‌اش، مسئولیت جزائی را از میان نمی‌برد، به سبب ارتکاب قتل و قطع عضو و ایراد ضرب مهلک، کیفر می‌بینند. اما جرایم دیگر مثل سرقت و قذف و فحاشی و زنا و خیانت در امانت و تخریب اموال دیگران، با تهدید به قتل هم‌ردیف و همانند نیستند. چنانچه شخص مکره برای نجات جانش به یکی از آنها دست بزند، ضرری را با ضرر همانند دفع نمی‌کند بلکه با ارتکاب زیان سبک‌تر از وقوع ضرر بزرگ‌تر جلوگیری می‌کند و مطابق حکم شریعت از میان آنها دست به

انتخاب می‌زند، بنابر این، او برای ارتکاب جرم مکره است و در انتخاب یا ترک آن آزادی اراده ندارد، و هنگامی که اراده منعدم گردد، مسئولیت کیفری از میان می‌رود و مجازات منتفی می‌شود.

۳۹۸. بررسی تطبیقی: کسی که با قوانین وضعی آشنایی داشته باشد خواهد دید که نظریه‌ی شریعت، جامع دو نظریه‌ای است که علمای حقوق به آنها قایل‌اند. این دو نظریه عبارت‌اند از نظریه‌ی شخصی «درونی» و نظریه‌ی مادی «بیرونی». حقوق اسلامی در نظریه‌ی خود مزایای این دو را جمع‌آوری و خود را از عیوب آنها رها کرده است. طرف‌داران نظریه‌ی درونی می‌گویند که اساس اجبار همان انعدام آزادی اراده در شخص مجبور است. طرف‌داران نظریه‌ی بیرونی او را مختار دانسته‌اند و در توجیه اجبار، مسئله‌ی وجود اختیار یا عدم آن را مبنای صحیحی نمی‌شمارند. به عقیده‌ی آنان صحیح آن است که گفته شود، در حالت اجبار، دو حق یا دو مصلحت با هم‌دیگر در تنازع‌اند و این تنازع اقتضا می‌کند که هر کدام از آن دو که ارزش کمتری دارد، قربانی شود. اما در صورت تساوی ارزش دو حق یا دو مصلحت یا زیادی قیمت یکی از آنها، طرف‌داران نظریه‌ی مادی «بیرونی» بر دو دسته‌اند: برخی از آنها در صورت تساوی زیان ناشی از جرم و زیان ناشی از اکراه یا افزونی ضرر ناشی از جرم، نسبت به زیان اجبار، مجبور را مجازات‌شدنی می‌دانند و برخی از آنها در هر حال او را مستحق کیفر نمی‌شناسند. زیرا در این حالت، جرم ارتکابی جامعه را تهدید نمی‌کند و مجرم، خطرناک به شمار نمی‌آید. این نظر قانع‌کننده و توجیه‌گر جرم ارتکابی بر مبنای قانون نیست.[1]

۳۹۹. اکراه و حالت اضطرار: از حیث حکم قانونی، اضطرار مانند اکراه است. اضطرار در سبب ارتکاب فعل با اکراه متفاوت است. در اکراه، شخص ثالثی مجرم را به ارتکاب جرم مجبور می‌سازد ولی در حالت اضطرار، شخص دیگری در پیدایش آن دخیل نیست بلکه انسان در اوضاع و احوالی قرار می‌گیرد که خروج از آن به منظور نجات خود یا دیگری اقتضا می‌کند تا به ارتکاب فعل نامشروع دست بزند، مانند کسی که هم‌راه با چند نفر در قایقی پر از کالا سوار است و قایق به سبب سنگینی بار در معرض غرق‌شدن قرار می‌گیرد. در این مورد، نجات یافتن سرنشینان قایق منوط به آن است که محموله‌ی قایق کمتر شده باشد و بخشی از کالاهای موجود در آن به آب انداخته شود. از مثال‌های دیگر حالت اضطرار،

---

۱. *الموسوعة‌الجنائیه*، ج ۱، ص ۴۹۲؛ شرح *قانون‌العقوبات* کامل مرسی و سیدمصطفی، ص ۳۷۶ به بعد.

گرسنگی و تشنگی شدید است که به انسان دست می‌دهد. انسان گرسنه و تشنه اگر بداند که از راه مشروع چیزی برای خوردن و نوشیدن نمی‌یابد و در نتیجه به هلاکت می‌رسد و تحت تأثیر گرسنگی و تشنگی به سرقت چیزی که سد جوع یا رفع تشنگی کند، وادار می‌شود؛ یا به خوردن غذا و مشروب حرام ناچار می‌گردد و نیز مانند کسی که از شدت سرما در حال هلاکت است و برای گرم شدن و یا اعلام موقعیت خود به دیگران، ناچار هیزم متعلق به غیر را آتش می‌زند؛ در کلیه‌ی این موارد، انسان خود و دیگر را در حالتی می‌یابد که کشنده است بنابر این، برای نجات جان خود یا دیگری به ناچار به عمل حرام و ممنوعی دست می‌زند.

۴۰۰. شرایط حالت اضطرار: حالت اضطرار چهار شرط دارد:

۱ـ اضطرار گریزناپذیر باشد: به نحوی که انسان خود یا دیگری را در وضعیتی بیابد که بیم از دست‌دادن جان و یا عضوی از اعضای بدن وجود داشته باشد.

۲ـ اضطرار باید برقرار باشد: گرسنه حق ندارد، مردار را بخورد پیش از آن که گرسنگی خطرناک، او را فرا بگیرد.

۳ـ برای رفع حالت اضطرار هیچ وسیله‌ای جز ارتکاب بزه موجود نباشد: چنانچه رفع حالت اضطرار با عمل مباح مقدور باشد، دفع آن با فعل نامشروع ممنوع است. گرسنه‌ای که می‌تواند غذا خریداری کند نمی‌تواند به بهانه‌ی اضطرار آن را سرقت کند.

۴ـ برای رفع حالت اضطرار به حداقل ممکن اکتفا شود: انسان گرسنه حق ندارد از غذای دیگری بخورد مگر به اندازه‌ای که سدّ رمق کند.

۴۰۱. حکم حالت اضطرار: حالت اضطرار بر حسب نوع جرم، احکام مختلفی دارد، در برخی از جرایم، حالت اضطرار مؤثر نیست، از برخی وصف مجرمانه را می‌گیرد و در برخی دیگر از علل معاف‌کننده‌ی مجازات به شمار می‌آید.

۴۰۲. جرایمی که حالت اضطرار در آنها بی‌تأثیر است: نسبت به جرایم قتل و جرح و قطع عضو، اضطرار بی‌تأثیر است، انسان مضطر در هر حال حق ندارد برای نجات جان خود دیگری را بکشد؛ یا او را مجروح سازد و یا عضو وی را قطع کند. سرنشینان قایقی که به سبب سنگینی محموله، مشرف به غرق‌شدن باشد هیچ کدام حق ندارند برای نجات جان خود و سبک‌کردن از بار قایق، دیگری را به آب اندازند و اگر چنین کنند از مجازات معاف نمی‌شوند.

مسئله اتفاقی است که قتل یا جرح یا قطع عضو شخص معصوم حرام است و کشتن شخص مهدورالدم مباح بلکه در بیشتر حالت‌ها واجب است.

از نظر مالک، خوردن گوشت انسان در حالت اضطرار هرچند مهدورالدم باشد حرام است. کسی که در اثر گرسنگی نزدیک به مرگ باشد و در دسترس او جز یک فرد مهدورالدم چیز دیگری یافت نشود، حق ندارد از گوشت تن وی ولو به اندازه‌ی سدّ رمق بخورد؛ خواه فرد مهدورالدم زنده باشد یا مرده. رأی مشهور مذهب ابوحنیفه نیز چنین می‌گوید.[۱]

از نظر شافعی و احمد، خوردن گوشت انسان مهدورالدم در حالت اضطرار، خواه زنده باشد یا مرده، بلااشکال است؛ بعضی از حنفیه نیز چنین گفته‌اند. شافعی و عده‌ی دیگری از فقهای حنفی در حالت اضطرار، خوردن گوشت انسان معصوم‌الدم متوفی را مباح می‌دانند. زیرا احترام زنده بیشتر از احترام شخص مرده است. اما خوردن گوشت انسان معصوم متوفی را حرام می‌داند.[۲]

شافعی، مضطر را مجاز می‌داند که قسمتی از گوشت بدن خود را ببرد و بخورد به شرط آن که گمان بدهد در این صورت، زنده خواهد ماند.[۳] لکن دیگر فقها با وی مخالف‌اند.

مضطر حق ندارد از مضطر دیگر چیزی را بستاند که حیاتش به آن بستگی دارد زیرا اگر هر دو در اضطرار یکسانی باشند و شخص دوم مالک آن باشد، شایسته و سزاوارتر است از آن که اولی آن را بستاند و اگر چنین کند و شخص دوم بمیرد، مسئول قتل او خواهد بود.[۴]

مضطر حق دارد، آنچه را مایه‌ی حیات اوست از شخصی که بدان نیازمند نیست بگیرد، اگر برای گرفتن آن، قتال و درگیری نیز لازم باشد می‌تواند با وی بجنگد، در صورتی که مضطر کشته شود طرف مقابل قاتل به شمار می‌آید و مدافعه‌ی او دایر به دفاع مشروع پذیرفته نیست و اگر مضطر او را بکشد، خونش هدر است، زیرا مقتول در جنگِ با مضطر، متجاوز به حساب می‌آید و در حکم مهاجم خواهد بود. اگر مضطر بتواند چیزی را خریداری کند ولو این که فروشنده آن را بسیار گران بدهد، حق ندارد برای آن جنگ کند. در موردی که مضطر به زور شیء مورد نیاز خود را می‌گیرد در مقابل صاحب آن، عهده‌دار ثمن‌المثل خواهد بود.[۵]

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۲۳۳؛ *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۲۹۶.
۲. *المغنی*، ج ۱۱، ص ۷۹؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۱، ص ۵۷۱.
۳. *همان‌جا*.
۴. *المغنی*، ج ۱۱، ص ۸۰؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۰.
۵. *المغنی*، ج ۱۱، ص ۸۰؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۱، ص ۵۷۲؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۳، ص ۲۳۴.

مالک و شافعی و احمد چنین گفته‌اند، ابوحنیفه نیز چنین می‌گوید فقط با این تفاوت که از نظر وی مضطر حق دارد فقط با دستانش با صاحب مالی که از تحویل آن خودداری می‌کند بستیزد و نمی‌تواند از سلاح استفاده کند.[۱]

۴۰۳. جرایمی که حالت اضطرار موجب سلب وصف مجرمانه از آنها می‌شود: حالت اضطرار، زمانی موجب سلب وصف مجرمانه از جرم می‌شود که شریعت آن را در حالت مزبور مباح بداند. این حالت در مأکولات و مشروبات وجود دارد، مانند خوردن مردار و گوشت خوک و خون و نجاست‌ها؛ بنابر آراء فقها، این جرایم و جرایم مشابه در حالت اضطرار مباح می‌شوند؛ فقط با این شرط که به اندازه‌ی رفع حاجت مورد استفاده قرار بگیرند. پس اگر گرسنگی کسی را به خوردن میته ناچار سازد، به موجب یک رأی، فقط به اندازه‌ی سدّ رمق که او را از مرگ نجات می‌دهد حق خوردن دارد و به موجب رأی دیگر به اندازه‌ای که سیر شود می‌تواند بخورد، و بیش از آن حق ندارد مگر آن که حالت اضطرار کماکان برقرار باشد، مانند آن که در وسط بیابانی راه را گم کرده باشد.[۲]

در صورتی که بداند حالت اضطرار استمرار خواهد داشت، می‌تواند از مأکولات و مشروبات ذخیره بردارد به شرط آن که فقط در صورت حدوث مجدد حالت اضطرار از آن بخورد و بیاشامد.[۳]

فقها در ماهیت عمل حرامی که به سبب حدوث حالت ضرورت مباح می‌شود، اختلاف نظر دارند، برخی از آنان که رأیشان مشهور و قوی است، انجام‌دادن آن را برای مضطر تکلیف می‌دانند نه حق، پس مضطری که به غذا و آب نیازمند است چنانچه آن را نخورد، مرتکب گناه می‌شود. زیرا خداوند می‌فرماید: «و لاتلقوا بایدیکم الی‌التهلکة» (بقره، ۱۹۵) و «و لا تقتلوا انفسکم اِنّ الله کانَ بکم رحیماً» (نساء، ۲۹) پس انسان مکلف است برای احیای نفس خود از مأکولاتی که خداوند حلال ساخته است بخورد. به نظر عده‌ای دیگر، اباحه‌ی اکل و شرب، به مضطر اجازه می‌دهد که آن را انجام بدهد یا انجام ندهد پس انجام‌دادن آن حق مضطر است نه تکلیف. این رأی ضعیف و غیرمشهور است.[۴]

۴۰۴. جرایمی که در آنها حالت اضطرار، عامل معاف‌کننده از مجازات است: به استثنای دو

---

۱. حاشیة ابن‌عابدین، ج ۵، ص ۲۹۶.
۲. *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۱، ص ۱۳۰؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۱، ص ۵۷۰؛ *المغنی*، ج ۱۱، ص ۷۳.
۳. *مواهب‌الجلیل* ج ۳، ص ۲۳۳؛ *اسنی‌المطالب*، ج ۱، ص ۵۷۰؛ *المغنی*، ج ۱۱، ص ۷۵.
۴. *احکام‌القرآن* جصاص، ج ۱، ص ۱۲۸.

دسته‌ی مورد بحث، در دیگر جرایم که شخص مضطر به سبب حالت اضطرار دست به ارتکاب آنها می‌زند، از مجازات معاف می‌شود، مانند انسان گرسنه‌ای که آب و غذا سرقت کند یا برای جلوگیری از غرق شدن قایق، کالاهای متعلق به سرنشینان آن را به درون آب بیندازند.

مضطر به شرطی از مجازات معاف می‌شود که به اندازه‌ی رفع نیاز از عمل ممنوع کاری انجام دهد، مثلاً شخص گرسنه حق ندارد جز به اندازه‌ی سدّجوع از غذای شخص دیگر بخورد و نمی‌تواند از آن ذخیره بردارد. سرنشینان قایق، فقط به اندازه‌ای حق دارند از کالاهای موجود به درون آب بیندازند که مانع از غرق‌شدن آن گردد.

شرط معافیت از مجازات آن است که عمل ممنوع برای از میان بردن حالت اضطرار به کار آید وگرنه معافیت از مجازات معنا ندارد، مثلاً کسی که کالای متعلق به دیگری را سرقت می‌کند تا بفروشد و از پول آن غذا تهیه کند، نمی‌تواند مدعی باشد که در حالت اضطرار قرار داشته است. زیرا سرقت کالا مستقیماً به رفع حالت اضطرار نمی‌انجامد، اما کسی که گرده‌نانی را سرقت می‌کند، می‌تواند بگوید که در حالت اضطرار قرار داشته است، زیرا سرقت مستقیماً حالت ضرورت را رفع می‌کند.

۴۰۵. مسئولیت مدنی حالت اضطرار: مسئولیت مدنی حالت اضطرار با مسئولیت مدنی حالت اکراه حکم واحدی دارد. هر جا که عمل ارتکابی از سوی مضطر از اعمال ممنوعه به شمار آید با آن که از مجازات معاف می‌شود، مسئولیت مدنی دارد و هرجا که عمل ارتکابی او مجاز باشد، مسئولیت مدنی‌ندارد.

۴۰۶. مبنای حقوقی حالت اضطرار: حالت اضطرار با حالت اکراه مبنای حقوقی مشابه دارد؛ در حالتی که مجازات مرتفع نمی‌شود، عمل ارتکابی به سبب عدم حالت ضرورت قابل مجازات می‌ماند. در حالت اباحه، عمل ارتکابی مباح است چون علت حرمت از بین رفته است و در حالتی که مضطر کیفر نمی‌بیند، به سبب آن است که اضطرار حاکم و اراده منتفی است. در مبحث اکراه این امور تفصیلاً مورد بحث قرار گرفته است.

گفتار دوم: مستی

۴۰۷. شرب خمر و مستی: شرب خمر خواه به مستی بینجامد یا نه، حرام است. شرب خمر از جرایم حدود، و مجازات آن هشتاد تازیانه است.

به استثنای ابوحنیفه و پیروان او، فقها اجماعاً می‌گویند هر آنچه خوردن مقدار زیادی از آن انسان را مست کند، خوردن مقدار ناچیزی از آن نیز حرام خواهد بود؛ اعم از آن که نامش «خمر» باشد یا عنوان دیگری را یدک بکشد. هم‌چنین خوردن مقدار ناچیزی از مشروبات مست‌کننده، هرچند مست نکند، قابل مجازات است. اما ابوحنیفه میان خمر و سایر مشروبات تفاوت می‌گذارد و شرب خمر را اعم از آن که به مستی بینجامد یا خیر، قابل مجازات می‌داند و سایر مشروبات را فقط در صورت مست‌کردن قابل مجازات می‌شناسد.

از نظر ابوحنیفه، خمر عبارت است از عصاره‌ی انگور خام[۱] چنانچه بجوشد و سفت شود و کف آن از بین برود[۲] یا پخته شده یا کمتر از دو ثلث آن بخار شود. و هم‌چنین است خیسانده‌ی خرما و مویز در صورتی که بدون طبخ سفت شود. اما عصاره‌ی انگور چنانچه بپزد و دو ثلث آن بخار نشود و شراب گندم و جو و ذرّت اعم از آن که طبخ شده باشند یا خیر، شراب این گونه مواد که مسکرند[۳] فقط در صورتی که کسی را مست کند، قابل مجازات است و مجرد شرب آن، کیفر ندارد.

مواد مخدر به رغم گوناگونی آنها مانند حشیش و تاتوره و از این قبیل، جزو مسکرات به شمار می‌آیند، لیکن مجازاتشان حد نیست، زیرا این مجازات تنها در مورد خمر و مستی پیش‌بینی شده است و حدّ، مجازات شدید است که نمی‌توان با قیاس آن را به مواد دیگر تسری داد. فقها اتفاق نظر دارند که مجازات استعمال مواد مخدر، تعزیر است.

تعریف مستی: مستی آن است که انسان در اثر خوردن خمر یا چیزهای شبیه خمر[۴] عقل خود را از دست بدهد. به نظر ابوحنیفه،[۵] مست کسی است که عقل خود را از دست داده است و کم را از زیاد، آسمان را از زمین و زن را از مرد تشخیص نمی‌دهد. به نظر محمد و ابویوسف، مست کسی است که هذیان‌گویی بر او غالب آید، مستندشان قول خداوند است که می‌فرماید: «ای اهل ایمان در حالت مستی به نماز نایستید تا بدانید که چه می‌گویید» (نساء، ۴۳) کسی که نداند چه می‌گوید، مست است. سایر ائمه نیز چنین گفته‌اند.[۶]

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۵، ص ۱۱۲.

۲. به نظر محمد و ابویوسف، عصاره‌ی انگور خام خمر است؛ خواه کف بکند یا کف نکند.

۳. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۲۷.

۴. به نظر ابوحنیفه، تمام مسکرات تحت این تعریف قرار می‌گیرند هم‌چنان که انواع مواد مخدر را هم شامل می‌شود.

۵. *بدائع‌الصنائع*، ج ۵، ص ۱۱۸.

۶. *المغنی*، ج ۱۰، ص ۲۳۵.

۴۰۸. مستی و مسئولیت کیفری: رأی مشهور مذاهب اربعه[1] آن است که شخص مست چنانچه تحت تأثیر اجبار، مادّه‌ی مسکر را بنوشد، یا ناآگاهانه آن را بخورد، یا دارویی را برای درمان بخورد و او را مست کند، در صورت ارتکاب بزه، مجازات نمی‌شود، زیرا در حال ارتکاب جرم، فاقد عقل بوده است و در حکم مجنون و یا کسی که در حال خواب است، خواهد بود.

حالت اضطرار نیز در حکم اجبار است، کسی که برای دفع اندوه حاکم بر خود، شراب بنوشد و مست شود و در حالت مستی مرتکب جرم گردد، مجازات نمی‌شود، زیرا به خوردن آن مکره بوده است. اما کسی که بدون عذر و آزادانه ماده‌ی مسکر را بنوشد یا بدون دلیل دارویی بخورد به طوری که او را مست سازد در مقابل هر جرمی که در حال مستی انجام دهد، خواه عمدی باشد یا خطئی مسئولیت دارد و مجازات می‌شود، زیرا شخصاً عقل خود را زایل کرده است که خود فی‌نفسه جرم تلقی می‌شود و به منظور خودداری از تکرار آن باید مجازات شود، گذشته از آن که اگر چنین فردی از مجازات معاف باشد باعث می‌شود تا هر کسی که می‌خواهد مرتکب جرم شود، خمر بنوشد و آنچه را دوست می‌دارد، بدون ترس از عواقب آن انجام دهد.

در هر یک از مذاهب اربعه، رأی ضعیف و تقریباً متروکی[2] وجود دارد که معتقد است شخص مست در مقابل اعمال و رفتار خود مسئولیت ندارد؛ اعم از آن که آن را آزادانه بخورد یا تحت تأثیر اکراه بنوشد و یا نداند که مست‌کننده است. زیرا در حین ارتکاب بزه، دارای عقل نبوده است، و وجود عقل، پایه‌ی مسئولیت جنایی است، و در صورت فقدان آن، مسئولیت کیفری هم ازمیان می‌رود، منشأ این رأی از عثمان است. شافعی در یکی از آراء خود، این قول را پذیرفته است و در هر یک از مذاهب اربعه اقلیتی از فقها طرف‌دار آن هستند، لیکن همان گونه که گفته شد این رأی متروک است.

۴۰۹. مستی و مسئولیت مدنی: شخص مست هرچند از مجازات معاف است، از مسئولیت مدنی ناشی از عمل‌کرد خود معاف نیست و در هر حال، مستی، مسئولیت مدنی را از میان نمی‌برد. زیرا طبق قاعده‌ی کلی شرعی، جان‌ها و اموال مردم معصوم‌اند ومعاذیر شرعی معاف‌کننده از مجازات، عصمت آنها را از بین نمی‌برد، به عبارت دیگر، قابل مجازات نبودن شخص به سبب فقدان عقل، مانع از آن نخواهد بود که در مقابل ضرری که به دیگران وارد

---

۱. *المغنی*، ج ۹، ص ۳۵۸ و ج ۱۰، ص ۳۲۵ به بعد؛ *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۳۱۷؛ *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۲۲۷؛ *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۱۸؛ *المهذب*، ج ۲، ص ۸۲، ۱۸۵ و ۲۰۴؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۲۵؛ *شرح فتح‌القدیر*، ج ۴، ص ۱۷۸.

۲. منابع پیشین.

کرده مسئولیت مدنی داشته باشد. زیرا فقدان عقل هرچند عامل رفع مسئولیت کیفری به حساب می‌آید ممکن نیست علت مهدور بودن جان و مال دیگران به شمار آید.

۴۱۰. بررسی تطبیقی: آراء حقوق‌دانان با نظر فقهای اسلام یکسان است این حقوق‌دانان بر دو دسته‌اند: اقلیت آنان مانند اقلیت فقها عقیده دارند که درهر حال، شخص مست در مقابل جرایم ارتکابی مسولیت ندارد. ولی اکثریت عقیده دارند در صورتی شخص از مجازات معاف می‌شود که تحت تأثیر اجبار، ماده‌ی مست‌کننده را بنوشد؛ یا به مسکر بودنش آگاهی نداشته باشد و سپس مرتکب جرم شود. اما اگر آزادانه آن را بخورد، در مقابل هر جرمی که به حالت مستی مرتکب شد، کیفر می‌بیند.

قانون جزای مصر با رأی مشهور حقوق اسلامی درباره‌ی مست کاملاً یکسان است به موجب این قانون، کسی‌که تحت تأثیر استعمال قهری مواد مخدر و یا استعمال آن بدون اطلاع از مخدر بودنش، شعور خود را از دست بدهد و مرتکب جرم شود، کیفر نمی‌بیند.

گفتار سوم: جنون

۴۱۱. مقدمه: اسلام انسان را زمانی مکلف یا مسئول می‌شناسد که دارای عقل و اختیار باشد، چنانچه یکی از این دو رکن از میان برود، تکلیف برداشته می‌شود. معنای ادراک آن است که انسان از قوای عقلی و دماغی متمتع باشد و بنابر این اگر به سبب بیماری یا جنون یا یک حالت عارضی، عقل خود را از دست بدهد، فاقد ادراک خواهد بود.

یک شخص ممکن است به هنگام تولد، فاقد قوای عقلی یا از آن بهره‌مند باشد. گاهی قوای دماغی هم‌زمان با رشد و نمو جسمانی رشد می‌کند و گاهی تحت تأثیر بیماری یا حادثه‌ای رشد قوای دماغی متوقف می‌شود و در مراحل اولیه‌ی رشد باقی می‌ماند در حالی که جسم آدمی به آخرین درجه‌ی رشد خود می‌رسد. ممکن است شخصی هم‌راه با قوای دماغی رشد کند و به سن بلوغ برسد، لیکن در اثر بیماری تمام یا بعضی از قوای عقلی را از دست بدهد، پس برای فقدان قوای عقلی، وقت و زمان خاصی وجود ندارد.

فقدان قوای عقلی گاهی کامل و مستمر است که آن را جنون اطباق می‌گویند و گاهی کامل است ولی مستمر نیست که آن را جنون ادواری می‌نامند. گاهی فقدان عقل جزئی است و انسان در موضوع معینی قدرت ادراک خود را از دست می‌دهد و در سایر موارد از آن بهره‌مند است، این حالت را جنون جزئی می‌نامند. گاهی قوای عقلی به طور کامل و تمام از

میان نمی‌رود، به صورت غیرعادی ضعیف می‌شود. در چنین فردی هرچند ادراک به طور کلی منعدم نشده است به اندازه‌ی قدرت ادراک اشخاص عادی نیست این وضعیت را سفه یا بلاهت می‌نامند. مظاهر دیگری از فقدان قوای عقلی وجود دارد که هر کدام نام معینی دارند، لیکن همگی بر فقدان قدرت ادراک استوار هستند همه‌ی آن حالت‌ها به رغم تعدد مظاهر و اختلاف نام، حکم واحد دارند. آن حکم این است، هرجا که قدرت ادراک موجود نباشد، مسئولیت کیفری وجود ندارد و در صورتی که قدرت ادراک موجود باشد، مسئولیت کیفری پابرجاست.

۴۱۲. تعریف جنون: از آنچه فوقاً گفته شد می‌توان تعریف ذیل را از جنون ارائه داد. جنون عبارت است از زوال یا اختلال یا ضعف عقل. این تعریف، جنون، سفه و حالت‌های دیگری از بیماری روانی را که به از دست‌دادن قدرت ادراک منتهی می‌گردد شامل می‌شود. در ذیل حالت‌های جنون و آنچه در حکم آن است بیان می‌شود.

۴۱۳. جنون اطباقی: جنون اطباقی یا جنون کامل مستمر آن است که مبتلای به آن، چیزی را درک نمی‌کند، این جنون ممکن است بعداً به انسان عارض شود؛ یا از روز ولادت با او هم‌راه باشد. این حالت را از آن حیث جنون اطباقی می‌نامند که یا در همه حال هم‌راه مجنون است یا یک جنون کلی است که مبتلای به آن، چیزی را درک نمی‌کند. برخی از فقها جنون اطباقی را «جنون مغلوب» تعبیر کرده‌اند. اما عده‌ی دیگری از فقها «مجنون مغلوب» را کسی می‌دانند که جنونش مستمر باشد؛ اعم از آن که جنونش کلی بوده باشد و هیچ چیز درک نکند یا از نوع جنون جزئی باشد که بعضی از چیزها را درک و بعضی دیگر را درک نمی‌کند.

۴۱۴. جنون ادواری: مجنون ادواری هم چیزی درک نمی‌کند، لیکن جنونش مستمر نیست گاهی به حال جنون است و گاهی در حالت افاقه به سر می‌برد. در حالت نخست، کاملاً عقل خود را از دست می‌دهد و در حالت افاقه، عقل خود را به دست می‌آورد. جنون ادواری جز در خصوصیت استمرار، عیناً مانند جنون اطباقی است. مجنون ادواری در حالت جنون، قدرت ادراک خود را از دست می‌دهد و مسئولیت کیفری ندارد و چون به حال افاقه برگردد و مرتکب جرم شود، مسئولیت جزائی خواهد داشت، برعکس، مجنون اطباقی به لحاظ دایمی بودن جنونش، مسئولیت کیفری ندارد.

چنانچه مجنون ادواری افاقه‌ی جزئی به دست آورد به این معنا که در حالت یا حالت‌های

معینی از ادراک کامل برخوردار نبوده و در سایر موارد از ادراک کامل برخوردار باشد، در حکم کسی خواهد بود که جنون جزئی دارد. چنانچه این مجنون افاقه پیدا کند ولی به طور کلی ادراک ضعیفی داشته باشد، در حکم سفیه خواهد بود.

۴۱۵. جنون جزئی: چنانچه جنون کلی نبوده و به یک یا چند جهت منحصر باشد به نحوی که در این موارد فاقد قدرت ادراک باشد ولی در موضوعات دیگر از آن بهره‌مند گردد، آن را جنون جزئی می‌خوانند.

مجنون جزئی در اموری که قدرت درک دارد، مسئولیت کیفری خواهد داشت و در اموری که از آن بهره‌مند نباشد، مسئول نیست. ممکن است جنون جزئی ادواری بوده، زمانی موجود باشد و زمانی نباشد. در حالت افاقه، چنین شخصی در مقابل جرایم ارتکابی مسئول است. هم‌چنین ممکن است جنون جزئی، اطباقی یا دایمی باشد، بعضی از فقها در این حالت آن را «جنون مغلوب» نامیده‌اند زیرا آنان «مجنون مغلوب» را کسی می‌دانند که جنونش دایمی باشد، به زعم آنان، جزئی یا کلی‌بودن جنون اهمیت ندارد. به طور کلی در این حالت، اختلاف در نام‌گذاری مهم نیست زیرا در انعدام مسئولیت، از دست‌دادن قدرت ادراک اهمیت دارد نه نام‌گذاری. بنابر این، هرجا که مجنون ادراک خود را از دست بدهد، مسئولیت ندارد.

۴۱۶. سفاهت: فقها در تعریف سفیه یا «معتوه» گفته‌اند: سفیه کسی است که فهمش کم، کلامش آشفته و تدبیرش فاسد باشد؛ اعم از آن که از ابتدای تولد به وجود آید یا به سبب یک بیماری بعداً عارض شود؛ از این تعریف چنین معلوم می‌شود که «سفه» از درجات پایین جنون است. می‌توان گفت که جنون، باعث زوال یا اختلال عقل می‌گردد و «سفه» به ضعف عقل منتهی می‌گردد که درجات متفاوتی دارد. لیکن در هر حال، سفیه نسبت به افراد معمولی قدرت ادراک پایین‌تری دارد.

بیشتر فقها می‌پذیرند که «سفه» نوعی از جنون و درجه‌ی ادراک در سفیهان متفاوت است، لیکن از حد کودک ممیّز بیرون نیست. عده‌ی دیگری از فقها عقیده دارند که برخی از سفها از حیث قدرت ادراک مانند طفل ممیّز و برخی مانند کودک غیرممیز هستند. طرف‌داران این رأی در صورتی که سفه در کمترین درجات تمیز باشد میان آن و جنون تفاوت نمی‌گذارند و از این حیث آنها را از هم‌دیگر تفکیک می‌کنند که مجنون در اضطراب و هیجان و سفیه ملازم آرامش و سکون است ولی از یک واقعیت برخوردار هستند.

اعم از آن که این رأی یا آن رأی را صحیح بدانیم، در حقیقت نام‌گذاری گوناگون از یک حقیقت و یا تعبیر گوناگون از یک واقعیت است. زیرا کسی که فاقد ادراک باشد از مجازات معاف است؛ اعم از آن که او را سفیه یا مجنون و یا با هر نام دیگری بنامند.

۴۱۷. صرع و هیستری و بیماری‌های روانی مشابه: انواعی از حالت‌های روانی وجود دارد که مبتلایان به آنها شعور و اختیار و عقل خود را از دست می‌دهند و گفتار و رفتار و حرکاتی از آنها سر می‌زند که مقصودشان نیست و حقیقت آنها را درک نمی‌کنند. این قبیل بیماری‌های روانی مورد توجه خاص فقها قرار نگرفته است. شاید علت آن چنین باشد که روان‌شناسی و دانش پزشکی در سطحی که امروزه قرار دارد، در گذشته وجود نداشته است لیکن اگر به قواعد عمومی شرعی توجه کنیم، به آسانی می‌توان احکام این قبیل بیماری‌های روانی را به دست آورد.

مبتلا به صرع بعد از آن که عقل و اراده‌ی خود را از دست می‌دهد، حرکات تشنجی او را فرا می‌گیرد. در این حالت ممکن است یک رشته اعمال مجرمانه از او سر بزند که بعد از افاقه آنها را به خاطر نیاورد.

برای مبتلا به بیماری هیستری هم حرکات تشنجی دست می‌دهد وقتی این حرکات او را فرا بگیرد، بدون توجه، هذیان می‌گوید. بیمار مالیخولیایی هم دچار توهم می‌شود و این توهم، او را به انجام‌دادن اموری وادار می‌کند که مبنای صحیحی ندارند.

این بیماران و بیماران مشابه چنانچه در وقت ارتکاب بزه فاقد ادراک باشند و یا قدرت درک آنها به سطح درک یک سفیه تنزل کرده باشد در حکم مجنون هستند. و در صورتی که به هنگام وقوع حادثه، عقل خود را از دست نداده باشند و فقط اراده‌ی خود را از دست بدهند در حکم مجبور هستند؛ چنانچه هیچ‌کدام از آن دو را از دست نداده باشند در مقابل جرایم ارتکابی، مسئولیت کیفری خواهند داشت.

۴۱۸. شخصیت پارانوئیدی: آنچه امروزه تسلط افکار پلید یا شخصیت غیرطبیعی پارانوئیدی نامیده می‌شود، در حکم جنون است این بیماری از ضعف اعصاب ناشی می‌گردد؛ یا یک عامل وراثتی باعث آن است. نمونه‌ی بارز این بیماری آن است که شخص خود را تحت تسلط یک فکر یا احساس نیرومند می‌یابد و در استجابت از آن فکر دست به اقدام می‌زند، مانند کسی که گمان می‌کند دیگران به وی ستم می‌کنند؛ یا عده‌ای در صدد هستند که او را بکشند یا مسموم سازند. در نتیجه تصمیم می‌گیرد که آنها را بکشد یا انتقام بگیرد. گاهی

بیمار تحت تأثیر یک میل غریزی، نه تحت تأثیر اندیشه‌ای که بر او مسلط است، دست به عمل می‌زند.

۴۱۹. تجزّی شخصیت یا کاتاتونی:[1] این حالت بیماری نادری است که انسان مبتلا می‌شود و شخصیتی را بروز می‌دهد که در حالت عادی آن را ندارد، اقتدار و عواطف او تغییر می‌کند، گاهی طرز نگاهش هم عوض می‌شود و اعمالی را انجام می‌دهد که در حالت عادی انجام نمی‌داد، سپس این حالت از میان می‌رود و بعد از آن که به حالت طبیعی و معمولی برگشت آنچه را انجام داده است به یاد نمی‌آورد. چنانچه این شخص آنچه را انجام می‌دهد نفهمد، مجنون فرض می‌شود زیرا در زمان ارتکاب جرم، فاقد عقل بوده است.[2]

۴۲۰. ضعف قوه‌ی تمیز: در جامعه بعضاً با اشخاصی مواجه هستیم که قدرت عقلی‌شان از ادراک دیوانه و سفیه بیشتر و از قدرت درک یک انسان کامل کمتر است. این گروه به رغم ضعف قوه‌ی تمیز، از عکس‌العمل سریع برخوردار هستند و زمانی که دست به جرم می‌زنند می‌فهمند چه می‌کنند و از قدرت تشخیص برخوردارند. طبق قواعد عمومی شرعی، ادراک ناقص نوعاً موجب معاف از مجازات نمی‌شود. به موجب قوانین موضوعه نیز عامل معافیت از مجازات به شمار نمی‌آید. بعضی از حقوق‌دانان آن را عامل و از کیفیات مخففه می‌دانند، برخی دیگر عقیده به تشدید مجازات دارند. زیرا این قبیل افراد با ملاحظه‌ی مجازات‌های شدید دست از ارتکاب بزه بر می‌دارند. قواعد حقوق اسلامی جز در جرایم تعزیر، اندیشه‌ی نخست را جایز نمی‌داند، ولی در جرایم حدود و قصاص، تخفیف مجازات یا تبدیل آن به مجازات دیگر، به سبب اهمیت این جرایم و ارتباط تنگاتنگ آنها با امنیت و نظم جامعه و منافع اشخاص، صحیح نیست.

۴۲۱. کرولال: افراد کرولال چنانچه در حین ارتکاب جرم از عقل و اراده برخوردار باشند مسئولیت کیفری دارند و چنانچه وضعیت جسمانی آنان بر قدرت عقلی‌شان تأثیر بگذارد به نحوی که بتوان آنها را دیوانه یا سفیه تلقی کرد، از مسئولیت مبرا می‌شوند.

به عقیده‌ی ابوحنیفه و پیروان او، کرولال‌ها از تحمل مجازات‌های حدود معاف‌اند و فقط

---

1 Catatoine

۲. برای توضیح بیشتر در این زمینه ن. ک. *روان‌شناسی و روان‌پزشکی کیفری* از دکتر شکرالله طریقتی، ص ۶۸ و ۱۲۲.ـ م.

تعزیر می‌شوند؛ هرچند به ارتکاب بزه اقرار کرده باشند. زیرا کری و لالی شبهه محسوب می‌شود، و اقرار آنان با اشاره صورت می‌پذیرد و چه بسا که از اشاره، مقصود دیگری غیر از آنچه مستفاد می‌گردد، داشته باشند و اگر می‌توانستند تکلم کنند، چه بسا اتهام انتسابی را رد و گواهان را جرح می‌کردند. مالک و شافعی و احمد، با رأی ابوحنیفه مخالف‌اند و چنانچه در اشاره‌ی کرولال شبهه نباشد، اقرار آنان را مأخذ می‌شمارند و به سبب کری و لالی، حدود را ساقط نمی‌کنند.

۴۲۲. راه رفتن در خواب: بعضی از اشخاص در حال خواب اعمالی را انجام می‌دهند که متوجه آنها نیستند. غالباً این اعمال شبیه اعمالی هستند که شخص در حال بیداری انجام می‌دهد، و ممکن است به ندرت اعمال و رفتاری از چنین شخصی سر بزند که هیچ تشابه و ارتباطی به رفتار وی در حال بیداری نداشته باشد.

از نظر علمی، حرکت انسان در حال خواب را این گونه توجیه می‌کنند که تمام قوای انسان تحت تأثیر خواب قرار نمی‌گیرد، بعضی به خواب می‌روند و برخی، درجات مختلفی از بیداری و هوشیاری را با خود دارند. ممکن است در اشخاصی که واجد این حالت هستند، برخی از آن قوا به اندازه‌ی غیرعادی، بیدار بوده و وظایف عادی خود را بدون آن که شخص متوجه باشد انجام دهند؛ یعنی شخص راه برود یا بنویسد یا اعمال دیگری انجام دهد. سپس این حالت هوشیاری عارضی از میان می‌رود و شخص خوابیده به حالت طبیعی بر می‌گردد و بعد از بیداری، آنچه را در خواب از او سر زده است به یاد نمی‌آورد.

طبق قاعده‌ی کلی شرعی، چنین شخصی مجازات ندارد. زیرا پیامبر (ص) می‌فرماید «رفع‌القلم عن ثلاثةٍ: عن النائم حتی یستیقظ، و عن‌الصغیر حتی یبلغ و عن‌المجنون حتی یفیق». با آن که در این روایت، حالت خواب و جنون در یک مورد آمده و برای هر دو حکم واحدی مقرر شده، فقها حالت خواب را در حکم اکراه تلقی می‌کنند و نه در حکم جنون. شاید علت آن باشد که چنین شخصی در حال خواب از قدرت ادراک برخوردار است و فقط اراده ندارد، و چیزی را انجام می‌دهد که مقصودش نیست در عین حال قدرت ادراک را از دست نمی‌دهد، زیرا رفتار سرسری و بی‌ربط انجام نمی‌دهد، ضرر و نفع را تشخیص می‌دهد و اعمالی را انجام نمی‌دهد که به او زیان برسانند.

حقوق‌دانان از این حالت در مبحث جنون بحث می‌کنند، بر این اساس که شخص در حال خواب، عقل و اراده ندارد، و امیال وی عضلات بدنش را به حرکت وا می‌دارند بدون آن که رفتار خود را ببیند یا درک کند.

به نظر نویسنده نیز الحاق این حالت به حالت اکراه، منطقی‌تر از آن است که آن را در حکم جنون بدانیم؛ حتی اگر بنابر این باشد که شخصی که در حال خواب حرکت می‌کند، قدرت ادراک خود را هم از دست بدهد، زیرا مجبور، با آن که از قدرت درک و اراده برخوردار است با عقل و اراده‌ی خود عمل نمی‌کند، بلکه تحت تأثیر اراده و عقل دیگری حرکت می‌کند و یک نیروی مادی خارجی او را در استفاده از عقل و اراده‌اش بی‌نیاز می‌کند. کسی که در خواب حرکت می‌کند به مجنون شباهت بیشتری دارد، عقل و اختیار دارد، لیکن در حالت خواب‌آلودگی از آنها بی‌نیاز است.

به رغم آنچه گفته شد، بین نظریه‌ی شریعت و قوانین موضوعه تفاوت عملی وجود ندارد زیرا اجبار و جنون هر دو از عوامل رافع مسئولیت هستند. قوانین موضوعه هم آن دو را از عوامل رافع مسئولیت می‌شناسد. بنابر این، شخصی را که در حال خواب حرکت می‌کند، خواه مجبور تلقی کنیم یا در حکم مجنون بدانیم، در مقابل جرایمی که در اثنای خواب انجام می‌دهد، مجازات نمی‌شود.

۴۲۳. هیپنوتیسم یا خواب مصنوعی: خواب مغناطیسی یا مصنوعی حالتی است که از طریق تأثیر شخصی در شخص دیگر تولید می‌شود و کسی که به خواب می‌رود تحت اختیار و اراده‌ی عامل هیپنوتیسم یا «منوّم» قرار می‌گیرد. معمولاً اوامر صادره را به صورت یک ابزار اجرا می‌کند و وقتی در اثنای خواب آن را انجام می‌دهد، احساس نمی‌کند که در حال اجرای دستور است؛ و وقتی که بعد از بیداری هم تحت تأثیر «منوّم» عمل می‌کند نمی‌تواند در مقابل دستور او مقاومت کند. به صورت قاطع، چگونگی تسلط عامل هیپنوتیسم بر کسی که به خواب می‌رود، مشخص نیست برخی از پزشکان عقیده دارند که چنین شخصی می‌تواند از دستورهای مجرمانه‌ی آمر سرپیچی کند.

مقتضای قواعد شرعی آن است که خواب مصنوعی را در حکم خواب طبیعی بدانیم. پس اگر جرم ارتکابی از آنهایی باشد که حالت اکراه، مرتکب را از مجازات معاف می‌کند، شخصی که به خواب مصنوعی فرو رفته است، مکره تلقی و از کیفر معاف می‌شود. واقعیت این است که الحاق خواب مصنوعی به جنون مشکل است زیرا در خواب مصنوعی، شخص فقط مسلوب‌الاراده است ولی قدرت ادراک خود را از دست نمی‌دهد.

آراء غالب حقوق‌دانان در الحاق خواب مصنوعی به حالت اکراه، با موضع حقوق اسلامی یکسان است؛ هرچند آن را در مبحث جنون مورد بحث قرار می‌دهند.

خواب مغناطیسی در صورتی حکم قبلی را دارا خواهد بود که شخص به رغم میلش به

خواب مصنوعی فرو رود؛ یا می‌پذیرد که به خواب رود لیکن اندیشه‌ی ارتکاب بزه ندارد اما اگر بداند که قصد منوّم آن است که او را به ارتکاب جرم وادار سازد یا او را برای ارتکاب جرم، شجاعت و قوت قلب بدهد و با این حال بپذیرد که به خواب مصنوعی برود، بزه‌کار عامد به شمار می‌آید و در این صورت، خواب‌رفتن یک وسیله محسوب خواهد شد که او را در ارتکاب بزه یاری کرده است و به موجب قواعد عمومی مسئولیت، در مقابل عمل ارتکابی، مسئولیت دارد دراین‌باره حقوق اسلامی با قوانین وضعی هم‌پوشان است.

۴۲۴. تحریک عواطف: در صورتی که انسان با عقل و اراده مرتکب جرم شود، مسئولیت کیفری دارد؛ هرچند تحت تأثیر یک عاطفه‌ی نیرومند به آن دست زده باشد. شرافتمندانه یا غیرشرافتمندانه بودن انگیزه در حکم قضیه تأثیر ندارد. کسی که تحت تأثیر انگیزه‌ی انتقام یا دشمنی شدید شخصی را به قتل می‌رساند با کسی که به منظور رهاساختن بیمار از تحمل آلام و مصائب سخت او را می‌کشد، مسئولیت یکسانی دارند. پس انگیزه‌ها و عواطف هرچند که قوی باشند، در مسئولیت کیفری بی‌تأثیرند. اما اگر مجازات از نوع تعزیری باشد، بنابر حقوق اسلامی، ممکن است انگیزه در مجازات مؤثر باشد؛ ولی در مورد حدود، عواطف در مسئولیت و مجازات تأثیر نمی‌گذارند.

از نظر اسلام خشم شدید یا تحریک احساسات، توجیه‌گر ارتکاب جرم و مانع از مسئولیت کیفری نیست، آری اگر مجازات از نوع تعزیری باشد ممکن است در مجازات مؤثر باشند ولی درباره‌ی حدود بی‌تأثیرند.

اگر انسان در حالت دفاع مشروع یا تحت تأثیر اجبار قرار بگیرد، وجود ترس شدید ممکن است عامل رفع مسئولیت به شمار آید.

به عقیده‌ی برخی از فقها، کسی که زانی غیرمحصن را در حال ارتکاب جرم به قتل می‌رساند، چون در حالت برانگیختگی احساس و هیجان قرار دارد، از مجازات معاف است. لیکن به موجب رأی مشهور و قوی، علت قتل، تغییر منکر است و کسی که به تغییر منکر دست می‌زند، به تکلیف خود عمل می‌کند و در نتیجه عمل ارتکابی برایش مباح است.[1]

در قوانین موضوعه نیز قاعده‌ی کلی بر آن است که انگیزه‌ها هرچند که قوی باشند در مسئولیت کیفری تأثیر نمی‌گذارند، لیکن اگر قاضی تشخیص دهد، می‌تواند آن را از کیفیات مخففه به شمار آورد. البته در برخی از قوانین مانند قانون فرانسه حالت برانگیختگی احساس در جرایم قتل و ضرب از معاذیر قانونی به‌شمار می‌رود و در قانون جزای مصر

۱. *تبصرة‌الحکام*، ج ۲، ص ۱۶۹؛ *البحرالرائق*، ج ۵، ص ۴۰ و ۴۱؛ *المغنی*، ج ۱۰، ص ۳۵۳ به بعد.

برای زوج، مشاهده‌ی مرد بیگانه در فراش زن خود، در صورتی که آن دو را بکشد، عذر قانونی محسوب می‌شود.

۴۲۵. حکم جنون: برحسب آن که بزه‌کار در حال ارتکاب جرم و یا بعد از آن به جنون مبتلا گردد، حکم مسئله متفاوت خواهد بود.

۴۲۶. حکم جنون در حال ارتکاب بزه: چنانچه متهم در زمان ارتکاب بزه دیوانه باشد به سبب فقدان ادراک از مجازات معاف است. جنون، عمل ارتکابی را مشروع نمی‌سازد بلکه از عوامل رافع مسئولیت به شمار می‌آید، حکم این مسئله میان فقهای حقوق اسلامی اتفاقی است. در قوانین موضوعه نیز در این مورد حکم مشابهی هست و جنون عامل رفع مسئولیت دانسته می‌شود و از علل موجهه‌ی جرم که ماهیت عمل را تغییر می‌دهد محسوب نمی‌دارند. در قانون جزای مصر در این مورد حکم صریحی وجود دارد؛ به موجب آن، کسی که در حال ارتکاب بزه به سبب جنون یا اختلال در عقلش فاقد شعور و اختیار باشد، مجازات نمی‌شود.[1]

مسئولیت مدنی مجنون: معاف از مجازات بودن مجنون و کسانی که در حکم او هستند سبب معافیت آنان از مسئولیت مدنی نمی‌شود. زیرا اموال و جان‌های مردم معصوم‌اند و معاذیر شرعی و قانونی، عصمت آنها را از میان نمی‌برد و چنانچه متهم از معاذیر قانونی معاف‌کننده از مجازات بهره‌مند باشد، این وضعیت در حق کسی که از عمل وی متضرر گردیده و خسارت دیده است (زیان‌دیده از جرم) بی‌تأثیر خواهد بود. زیرا نسبت به فاعل جرم، ایراد زیاد ممنوع است؛ هرچند جنون باعث می‌شود که مجنون کیفر نبیند، باعث آن نخواهد شد که مجنون از اهلیت تملک و اقدامات حقوقی در اموالش ـ البته اگر این اهلیت موجود باشد ـ محروم شود. بنابر این، واجب است که مسئولیت مدنی عمل خود را، که درواقع یک مسئولیت مالی است، عهده‌دار گردد.

حدود مسئولیت مدنی مجنون: فقها متفق‌القول‌اند که مجنون در مقابل اعمال خود ضامن است؛ یعنی مسئولیت مدنی دارد و چانچه از عمل او کسی متضرر گردد، ملزم به جبران آن است. با آن که فقها این قاعده را پذیرفته‌اند، درباره‌ی حدود مسئولیت مجنون و درباره‌ی قتل و جرح اختلاف نظر دارند. ریشه‌ی این اختلاف در توصیف حقوقی جرایم ارتکابی مجنون نهفته است. به نظر مالک و ابوحنیفه و احمد، عمد مجنون خطاست زیرا نمی‌تواند در

---

۱. مادّه‌ی ۶۲ از قانون جزای مصر.

ارتکاب فعل، قصد صحیحی داشته باشد و چنانچه عمل ارتکابی مقصود فاعل نباشد، خطا محسوب می‌شود نه عمد.[۱] به نظر شافعی، عمد مجنون عمد است نه خطا و جنون هرچند او را از مجازات معاف می‌کند، وصف حقوقی جرم را تغییر نمی‌دهد. زیرا در ارتکاب جرم اراده داشته است؛ هرچند ادراک صحیحی نداشته باشد.[۲]

وجود اختلاف در توصیف حقوقی جرم ارتکابی مجنون، در مابازائی که وی ملزم به پرداخت آن می‌شود، تأثیر می‌گذارد. زیرا در جرایم عمدی دیه مغلظ است و از دارایی مجرم باید پرداخت شود ولی در جرایم خطایی دیه بر عاقله تحمیل می‌شود. چون در جرایم قتل و جرح، مابازاء و تعویض پرداختی دیه است، از نظر شافعی که عمد مجنون را عمد می‌شمارد، دیه از دارایی مجنون تأدیه می‌شود، اما بقیه‌ی ائمه تعویض مالی را به عهده‌ی مجنون و عاقله‌ی او می‌دانند؛ زیرا او را خطاکار به حساب می‌آورند، و چنانچه کل دیه را بر دارایی مجنون تحمیل می‌کردند، با آن که او را خطاکار می‌شناسد، در جرایم قتل و جرح، موقعیت مجنون بدتر از عاقل خطاکار می‌شد؛ زیرا عاقل خطاکار هم، همراه با عاقله، عهده‌دار دیه می‌شود.[۳]

۴۲۷. بررسی تطبیقی: در این مسئله میان قوانین جزای فرانسه و مصر با حقوق اسلامی تفاوت است. این قوانین بر آنند که مجنون فاقد مسئولیت مدنی است و مسئولیت را متوجه کسی می‌دانند که عهده‌دار مراقبت از مجنون است که به سبب بی‌احتیاطی و اهمال در ادای وظیفه مسئولیت دارد. علت عدم توجه مسئولیت به مجنون در آن است که وی فاقد شعور و اختیار است زیرا هر مسئولیتی به تبع خطا به وجود می‌آید و در حالی که اراده نباشد، خطا و اشتباه وجود ندارد. کسی که مأمور مراقبت از مجنون است، حق ندارد برای وصول خسارتی که برای او متحمل گردیده است، به او مراجعه کند؛ هرچند قاعده‌ی کلی بر این است که اگر کسی از قِبَل غیر، خسارتی را جبران کند، حق دارد برای وصول آن به او مراجعه کند.[۴] در توجیه این نظر گفته می‌شود که خطای موجود در این فرض، خطای کسی است که مسئول مراقبت از مجنون است زیرا وی مکلف است از مجنون مراقبت کند و همیشه او را تحت نظر داشته باشد و از اعمال زیان‌بار او جلوگیری کند؛ این توجیه ظالمانه است.

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۴۲؛ *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۲۳۶؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۷۵.

۲. *الام*، ج ۶، ص ۳۴.

۳. برای اطلاعات بیشتر ن. ک. رساله‌ی فوق لیسانس مترجم با عنوان *ضمان عاقله* در دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۴. مصطفی مرعی، *المسئولیت‌المدنیه*، ص ۱۵۳.

قانون جزای مصر و فرانسه درباره‌ی مسئولیت مدنی مجنون بر نظریه‌ی باستانی و قدیمی خطا Lafaute، متکی است. لیکن نظریه‌ی جدیدی ارائه شده است که همان نظریه‌ی خطرپذیری یا فرض علمی خطر است Latheorie du risque که منجر به کنارگذاردن نظریه‌ی باستانی شده است. به موجب این نظر، مجنون در مقابل اضراری که به دیگری وارد ساخته است، مسئول است و باید آن را از دارایی خود جبران کند. این نظریه به تأیید قانون جزای آلمان و قانون تعهدات و الزامات سوئیس رسیده است، مثلاً قانون جزای آلمان شخص مجنون را تا حدی که وسع مالی‌اش اجازه می‌دهد به جبران زیان وارده ملزم کرده است. قانون سوئیس، به قاضی مجوز داده است تا کسی را که مسئولیت جزائی ندارد به جبران خسارت کلی یا جزئی محکوم کند؛ حتی می‌توان گفت که در قوانین آلمان و سوئیس، در صورتی که عمل ارتکابی مجنون، از اعمالی باشد که با بی‌توجهی و بی‌احتیاطی خود وی به وجود آمده باشد، حکم به مسئولیت کیفری و مدنی مجنون داده می‌شود، مثلاً جنون وی از عادات زشت او مانند شرب مسکر یا فساد اخلاقی پدید آید. زیرا در این حالت یک خطای اصلی وجود دارد که به فاعل جرم منسوب است و در توجیه مسئولیت او کفایت می‌کند.[1]

از آنچه گفته شد، چنین برمی‌آید که در جدیدترین نظریه‌ی خطر درخصوص مسئولیت مدنی مجنون، هم‌سویی‌هایی با حقوق اسلامی دیده می‌شود؛ حتی می‌توان گفت که همان نظریه‌ی اسلامی است. اگر نظریه‌ی خطر در قوانین وضعی در قرن بیستم شناسایی شده، در حقوق اسلامی بیش از ۱۳ قرن و اندی از به رسمیت شناختن آن می‌گذرد.

۴۲۸. حکم جنون بعد از ارتکاب جرم: این جنون یا پیش از محاکمه‌ی متهم پدید می‌آید یا قبل از آن:

حالت اول- دیوانگی قبل از محاکمه عارض شود: به عقیده‌ی شافعیه و حنابله، جنونی که پیش از محاکمه عارض شود، مانع از محاکمه و یا سبب توقف آن به شمار نمی‌آید. اینان می‌گویند فقط در زمان ارتکاب جرم، مکلف بودن مجرم شرط است. رأی این فقها موقعیت مجنون را به خطر نمی‌اندازد، زیرا محاکمه‌ی مجرمان از دیدگاه شریعت اسلامی واجد ضمانت اجراهای نیرومندی است. شاید بتوان گفت که صاحبان این نظر، بیش از هر چیز دیگری در ارائه‌ی آن تحت تأثیر منطق و واقعیت بوده‌اند. متهم مرتکب جرم شده و

---

۱. *الموسوعة‌الجنائیه*، ج ۳، ص ۶۲۹.

مستوجب مجازات است و جنون وی مادامی که عوامل کشف حقیقت موجود باشد، مانع از محاکمه‌ی او نخواهد بود. زیرا متهم در اثر جنون فقط نمی‌تواند از خودش دفاع کند و قاعده این است که ناتوانی از دفاع، سبب توقف محاکمه و مانع آن به شمار نمی‌آید. انسان‌های لال و فاقد قدرت نطق، بعد از ارتکاب جرم، نمی‌توانند از خود دفاع کنند و این ناتوانی مانع از محاکمه‌ی آنان نیست. و مجنون ویژگی‌ای ندارد که از آنان جدا شده و محاکمه‌اش به این بهانه که قادر به دفاع از خود نیست، متوقف گردد. زیرا مجنون مانند آنان است و هیچ‌کسی نگفته است که محاکمه‌ی آنها متوقف گردیده یا ممنوع است. به نظر مالکیه و حنفیه، جنون قبل از محاکمه تا زمانی که از میان برود، مانع از محاکمه به شمار می‌آید و اگر محاکمه شروع شده باشد، متوقف می‌گردد. بنابر این رأی، تکلیف از شرایط تحمل کیفر و حاکی از آن است که باید در زمان محاکمه موجود باشد والّا محاکمه‌ی او ممنوع است.

قوانین جزای مصر و فرانسه در توقف محاکمه‌ی متهم، با نظر مالکیه و حنفیه هم‌پوشان هستند و علت عدم تعقیب و محاکمه، ناشی از ناتوانی مجنون به دفاع از خود دانسته می‌شود. این علت به روشنی در ماده‌ی ۲۴۷ از آ.د.ک مصر آمده است بنابر این ماده: «در صورتی که متهم به سبب نقص عقل قادر به دفاع از خود نباشد تحت تعقیب و محاکمه قرار نمی‌گیرد؛ تا زمانی که بتواند از خود دفاع کند. و چنانچه برای دادگاه هم ثابت شد که متهم قادر به دفاع از خود نیست باید محاکمه‌ی او متوقف گردد.

حالت دوم ـ جنونی که بعد از محکومیت عارض شود: در صورتی که بعد از صدور حکم محکومیت، محکوم‌علیه مجنون شود، به عقیده‌ی شافعی و احمد، چنانچه جرم ارتکابی از جرایم حدود بوده و با اقرار متهم ثابت شده باشد، چون متهم حق دارد تا زمان اعمال مجازات و حتی بعد از شروع به اجرای آن از اقرارش عدول کند، اجرای حکم متوقف خواهد شد والّا اجرای حکم متوقف نمی‌شود. در صورتی که متهم از اقرارش برگردد، اجرای حکم متوقف می‌شود زیرا احتمال دارد که اقرار وی واقعی نبوده و رجوع از آن صحیح و درست باشد، و جنون نمی‌گذارد تا محکوم‌علیه از اقرارش عدول کند و حال آن که او حق دارد از اقرار خود برگردد، بنابر این تا افاقه‌ی مجدد مجنون، اجرای حکم باید متوقف گردد. اما اگر مبنای حکم، دلیل دیگری غیر از اقرار باشد، ناتوانی از رجوع، سبب توقف حکم محکومیت نمی‌شود. طرف‌داران این رأی می‌گویند مجازات برای بزه‌کاری در نظر گرفته می‌شود که در حین ارتکاب جرم، مسئول است و وجود تکلیف در وقت ارتکاب جرم شرط است نه قبل و بعد از آن.[1]

---

۱. *تحفة‌المحتاج*، ج ۴، ص ۱۹؛ *المغنی*، ج ۹، ص ۳۷۷؛ *الاقناع*، ج ۴، ص ۲۴۴.

در توجیه این نظر می‌توان گفت که مجازات برای تأدیب متهم و جلوگیری دیگران از ارتکاب بزه در نظر گرفته می‌شود. اگر به سبب جنون محکوم‌علیه، وجه تأدیب از میان می‌رود، وجه دیگر که همان تنبیه دیگران است به جای خود باقی می‌ماند و اگر محکوم علیه به سبب جنون، تأدیب را احساس نمی‌کند، شایسته نیست که جانب دیگر قضیه نیز رها شود؛ زیرا اعمال مجازات متضمن مصلحت جامعه است.

به موجب رأی مالک، جنون محکوم‌علیه، اعمال مجازات را متوقف می‌سازد و تا افاقه‌ی مجنون به مرحله‌ی اجرا در نمی‌آید. در مورد قصاص به عقیده‌ی برخی از فقهای مذهب مالک، چنانچه به افاقه‌ی مجنون امید نرود، قصاص ساقط می‌گردد و دیه، جایگزین آن می‌گردد. به نظر برخی دیگر، مجنون به اولیای دم تسلیم می‌شود تا اگر بخواهند از او قصاص کنند و اگر مایل باشند خون‌بها بستانند.[۱]

به نظر ابوحنیفه در صورت جنون، اجرای مجازات متوقف می‌شود، مگر آن که جنون محکوم‌علیه پس از دست‌گیری وی به منظور اعمال مجازات عارض گردد، زیرا این عمل شروع به اعمال مجازات تلقی می‌گردد و زمانی که مجازات به مرحله‌ی اجرا درآید به سبب جنون متوقف نمی‌شود. در صورتی که مجازات از نوع قصاص باشد و محکوم‌علیه بعد از صدور حکم و قبل از دست‌گیری به سبب تحمل آن دیوانه شود، از باب استحسان، قصاص به دیه مبدّل می‌گردد.[۲]

عقیده‌ای که بنابر آن، جنون عامل توقف اجرای حکم محکومیت دانسته می‌شود بر دو پایه است:

اول: شرط اعمال مجازات آن است که محکوم‌علیه مکلف باشد، به عبارت دیگر، برای مسئولیت کیفری شایستگی و اهلیت داشته باشد و مجازات زمانی اعمال می‌گردد که مورد حکم قرار بگیرد. از این رو لازم است که به هنگام محاکمه و صدور حکم، شرط عقوبت که همان تکلیف است موجود باشد.

دوم: اجرای حکم نیز از اجزای حکم و رأی به شمار می‌آید، به عبارت دیگر با تنفیذ رأی، حکم صادره تمام می‌شود. بنابر این، هم‌چنان که به هنگام رسیدگی و صدور حکم، وجود تکلیف در متهم لازم است، در مرحله‌ی اجرا نیز باید واجد آن باشد و در صورتی که مجرم برای تحمل مجازات تسلیم مراجع ذی‌صلاح گردد، چنین فرض می‌شود که اجرای حکم به مرحله‌ی عمل در آمده است.

هر دو نظریه‌ی حقوق اسلامی در قوانین کشورهای مصر و فرانسه پذیرفته شده است؛

---

۱. *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، ص ۲۳۲.

۲. *حاشیة ابن‌عابدین*، ج ۵، ص ۴۷۰.

چه، آن که به موجب آنها، مجازات‌های اعدام و سالب آزادی نسبت به محکومینی که پس از صدور حکم قطعی دیوانه بشوند، اعمال نمی‌گردد. اما مجازات‌های مالی بدون آن که از طریق اعمال فشار جسمانی صورت پذیرد به مرحله‌ی اجرا در می‌آیند. ممنوعیت اعمال مجازات‌های بدنی (اعدام و سالب آزادی) در ادامه‌ی نظریه‌ی مالک و ابوحنیفه، و مجاز بودن اعمال مجازات‌های مالی در ادامه‌ی شافعی و احمد است.

گفتار چهارم: کودکی

۴۲۹. مقدمه: دین اسلام اولین آیین جهانی است که از حیث مسئولیت کیفری میان کودکان و افراد بزرگ به تمیز کامل معتقد است و اولین نظام حقوقی است که برای مسئولیت کودکان قواعدی وضع کرده است که از روز نخست دست‌خوش تطور و دگرگونی نگردیده و به رغم گذشت بیش از ۱۳ قرن، در مورد مسئولیت کودکان، جدیدترین و تازه‌ترین قواعد به شمار می‌آیند.

در قوانین موضوعه بعد از انقلاب فرانسه، برخی از قواعد حقوق اسلامی لحاظ شده و تحت تأثیر پیش‌رفت دانش پزشکی و روان‌شناسی، مستمراً تکامل پذیرفته‌اند، لیکن به رغم این تطّور بزرگ، مطلب تازه‌ای که در حقوق اسلامی شناخته نشده باشد ارائه نداده‌اند.

زمانی، درجه‌ی برتری حقوق اسلامی را خواهیم شناخت که بدانیم هم‌زمان با نزول شریعت اسلامی، قوانین قدیم درباره‌ی کودکان چه موضعی داشتند. از مهم‌ترین قوانین قدیم، حقوق روم بود که مبنای قوانین جدید اروپایی به شمار می‌آید. این حقوق که به حق از تمام قوانین موضوعه پیش‌رفته‌تر بود، در آن تنها در حد محدودی بین مسئولیت کودکان و افراد بزرگ تفاوت دیده می‌شد. بین کودکان تا سن هفت سال و بالاتر قایل به تمیز بود و چنانچه سن کودکی، از هفت سال بیشتر بود در مقابل اعمال ارتکابی مسئولیت کیفری داشت و چنانچه از هفت سال کمتر داشت از مسئولیت مبرا بود، مگر آن که با قصد اضرار به غیر به ارتکاب جرم دست می‌زد که در این صورت نیز مسئول بود. ملاحظه می‌شود که میان این و آنچه حقوق اسلامی در این زمینه مقرر داشته است تا کجا تفاوت است.

۴۳۰. کودکی و مسئولیت کیفری: چنانچه قبلاً اشاره شد، مسئولیت کیفری بنابر حقوق اسلامی بر دو پایه‌ی اساسی استوار است که عبارت‌اند از عقل و اختیار و از این رو احکام ناظر بر کودکان، بر حسب دوره‌هایی که انسان از روز ولادت طی می‌کند تا وقتی که ملکه‌ی عقل و اختیار به مرحله‌ی کمال برسد، مختلف است. بشر به هنگام تولد به صورت طبیعی از

داشتن عقل و اختیار ناتوان است، سپس ملکه‌ی عقل و اختیار، لحظه به لحظه تکوین می‌یابند و رشد می‌کنند؛ تا این که بشر به مرحله‌ای می‌رسد که تا حدودی از قدرت درک و فهم برخوردار شود. لیکن در این مرحله نیز ادراکش ضعیف است و استعدادهایش کماکان رشد می‌کنند؛ تا این که رشد عقلی‌اش کامل گردد. بر همین اساس، یعنی تدریجی بودن رشد استعداد عقلی، قواعد مسئولیت کیفری وضع شده‌اند. هر زمان که بشر فاقد قدرت عقلی است مسئولیت کیفری وجود ندارد، و در مرحله‌ای که استعداد عقلی‌اش اندک است، مسئولیت تأدیبی است نه کیفری، و در زمانی که از ادراک کامل برخوردار است، بشر مسئولیت کیفری دارد.

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که انسان از روز ولادت تا رسیدن به سن رشد سه مرحله را پشت سر می‌گذارد؛ مرحله‌ی اول: مرحله‌ای که انسان از استعداد درک و فهم بی‌بهره است، در این مرحله او را کودک غیرممیّز می‌نامند. مرحله‌ی دوم: مرحله‌ای است که بشر از ادراک ضعیفی برخوردار است. در این مرحله او را کودک ممیّز نام می‌نهند. مرحله‌ی سوم مرحله‌ی ادراک کامل است که انسان را بالغ و رشید می‌نامند.

۴۳۱. مرحله‌ی اول ـ عدم درک: این مرحله با ولادت کودک آغاز می‌شود و به اتفاق آراء فقها در هفت سالگی پایان می‌یابد. در این مرحله کودک فاقد قدرت درک و تلقی است و غیرممیّز نامیده می‌شود. واقعیت این است که برای قدرت تشخیص، سن معینی وجود ندارد که در آن این قوه پدید آید یا کامل گردد. قدرت تمیز برحسب اشخاص و موقعیت فرهنگی و توانایی‌های جسمی و روحی ممکن است قبل از رسیدن به هفت سالگی پدید آید و ممکن است به تأخیر افتد. با این حال فقها مراحل تمیز یا ادراک را با سال‌های عمر محدود کرده‌اند؛ تا برای همه حکم واحدی ارائه بدهند؛ ضمن آن که جهات ذیل را مد نظر داشته‌اند: اولاً غالباً کودکان تا این سن فاقد قدرت ادراک هستند؛ ثانیاً از تشتت آراء جلوگیری نمایند؛ ثالثاً قاضی پرونده به آسانی بتواند تشخیص دهد که این شرط موجود است یا خیر. زیرا متن معینی را معیار وجود قدرت تمیز قراردادن، وصف محسوسی است که به آسانی قابل شناسایی و انعکاس است.

تا وقتی که سن کودک به هفت سال نرسیده است، غیرممیّز تلقی می‌شود؛ هرچند بیشتر از کودک هفت ساله بفهمد. زیرا احکام ناظر به موارد غالب است و نه ناظر به افراد پس در صورتی که کودک پیش از رسیدن به هفت سالگی مرتکب جرم شود، هر جرمی که می‌خواهد باشد هم از مجازات کیفری و هم از تأدیب معاف است. چنانچه به جرم

مستوجب حد دست یازد، حد نمی‌خورد و چنانچه شخصی را بکشد یا مجروح سازد، قصاص نمی‌شود؛ تعزیر هم نخواهد شد.

لیکن نفی مسئولیت کیفری از طفل ممیّز، به معنای نفی مسئولیت مدنی حاصل از جرم ارتکابی نیست. او برای جبران خسارت زیان‌دیده از جرم ارتکابی مسئولیت دارد و از دارایی او جبران می‌شود. نداشتن قدرت تمیز، عامل رفع مسئولیت مدنی به شمار نمی‌رود. زیرا به موجب قاعده‌ی اصلی حقوق اسلامی، جان‌ها و اموال مردم معصوم‌اند و معاذیر شرعی معاف‌کننده از مجازات، عصمت آنها را از میان نمی‌برد؛ یعنی معاذیر قانونی، «ضمان» را از میان نمی‌برد و باعث سقوط آن نمی‌شود؛ هرچند باعث سقوط مجازات گردد.

۴۳۲. مرحله‌ی دوم ـ درک ضعیف: این مرحله از زمانی که کودک به هفت سالگی پا می‌گذارد شروع می‌شود و با بلوغ کودک پایان می‌یابد. غالب فقها سن بلوغ را پانزده سالگی می‌دانند، در صورتی که کودک به این سن پا بگذارد در حکم بالغ است؛ هرچند عملاً بالغ نشده باشد. فقط ابوحنیفه سن بلوغ را ۱۸ سال تمام می‌داند و بنابر رأیی، برای مردان ۱۹ و برای دختران ۱۷ سالگی را سن بلوغ تعیین می‌کند. رأی مشهور مذهب مالک با رأی ابوحنیفه سازگار است زیرا اصحاب آن، سن بلوغ را هیجده سالگی و، حتی برخی از آنان ۱۹ سالگی می‌دانند.

در این مرحله کودک ممیّز، مسئولیت کیفری ندارد. اگر مثلاً سرقت یا زنا کند، حد نمی‌خورد؛ اگر بکشد یا کسی را مجروح کند، قصاص نمی‌شود؛ مسئولیت تأدیبی دارد ودر صورت ارتکاب جرم، تأدیب می‌شود. تأدیب هرچند در نوع خود مجازات جرم به شمار می‌آید، عنوان جنایی (کیفری) ندارد، نتیجه‌ی تأدیبی به شمارآمدن مجازات آن است که کودک ممیّز هرچند بار که تأدیب شود، مجرم به عادت به شمار نمی‌آید و از مجازات‌های تعزیری، تنها مجازاتی اعمال می‌گردد که تأدیب تلقی می‌شوند، مانند ملامت و تنبیه کردن.

کودک ممیز بنا به جهاتی که درمبحث راجع به کودک غیرممیز توضیح داده شد، هرچند از مجازات کیفری معاف است از مسئولیت مدنی معاف نمی‌شود.

۴۳۳. مرحله‌ی سوم ـ درک کامل: به عقیده‌ی فقها، طفل با رسیدن به سن بلوغ یعنی ۱۵ سالگی به این مرحله گام می‌نهد. سن رشد مطابق نظر ابوحنیفه و قول مشهور مذهب مالک ۱۸ سالگی است.

با گام نهادن در این مرحله، انسان در مقابل جرایم ارتکابی از هر نوع، مسئولیت کیفری

خواهد داشت: در صورت ارتکاب زنا یا سرقت، حد می‌خورد، در صورت ارتکاب قتل یا جرح، قصاص می‌شود و در مقابل جرایم تعزیری، تعزیر خواهد شد.

۴۳۴. علت اختلاف‌نظر فقها در تعیین سن بلوغ: مستند تمام فقها در تعیین سن بلوغ، سخن پیامبر (ص) است که می‌فرماید «سه گروه مسئولیت ندارند: کودک تا زمانی که محتلم شود؛ و شخص در حال خواب تا بیدار شود؛ و مجنون تا زمانی که افاقه حاصل کند» «معنای رفع‌القلم عن‌الصّبی حتی یحتلم» این است که «احتلام» آخرین مرحله‌ی بی‌مسئولیتی و بی‌تکلیفی است و مرحله‌ی تکلیف با بلوغ آغاز می‌شود. پس حدیث مزبور دلالت می‌کند که بلوغ با احتلام ثابت می‌شود. زیرا بلوغ و ادراک، نشانه‌ی رسیدن انسان به کمال ویژه است و این امر نشانه‌ی قدرت کامل در استفاده از سایر جوارح سالم است و احتلام، نشانه و مبیّن توانایی‌ها و کمال مزبور خواهد بود.

گفته شد که بلوغ با احتلام شناخته می‌شود، پس بلوغ پسر با احتلام و قدرت باردارساختن و انزال و بلوغ دختر با احتلام و قدرت باردار شدن و حیض دیدن شناخته خواهد شد. چون این نشانه‌ها ممکن است مقدم یا مؤخر باشند، به صرافت افتاده‌اند که سن بلوغ را معین کنند. اکثر فقها برای دختر و پسر ۱۵ سالگی را سن بلوغ تعیین کرده‌اند و استدلالشان بر این ادعا، آن است که آنچه در حقیقت مؤثر و پایه‌ی مسئولیت و مبنای احکام الهی به شمار می‌آید، عقل بشری است، و اگر «احتلام»، حد بلوغ تعیین گردیده از آن جهت است که دلیل کمال عقل به شمار می‌آید و معمولاً از ۱۵ سالگی به تأخیر نمی‌افتد. اگر کسی تا این سن محتلم نشود به سبب عیب و نقصی است که در جسم او وجود دارد و آفت جسمانی، دلیل آفت عقلی نیست. و چون عقل بدون عیب و آفت فرض می‌شود، چنین شخصی بالغ تلقی می‌شود و به احکام الهی ملتزم خواهد بود. کسانی که سن بلوغ را ۱۸ یا ۱۹ سال تعیین کرده‌اند، چنین استدلال می‌کنند که شریعت اسلامی، حکم و تکلیف را به «احتلام» معلق ساخته و وجوب آن را به وجود این موکول کرده است و تا زمانی که به عدم این یقین حاصل و از وجودش قطع امید نشده است، حکم ناظر بر آن مرتفع نخواهد شد. فقط تا ۱۸ یا ۱۹ سالگی است که اگر کسی محتلم نشود از آن قطع امید می‌شود؛ زیرا تا این مدت فی‌الجمله تصور می‌رود که احتلام رخ بدهد در نتیجه حکم مرفوع «القلم» بودن که با احتلام ثابت است، با این احتمال که ممکن است محتلم نشود، از میان نمی‌رود، به عبارت دیگر تا زمانی که محتلم شدن قابل انتظار است، باید به انتظار آن بود و پس از ۱۵ سالگی تا ۱۸ یا ۱۹ سالگی از احتلام قطع امید نمی‌شود، بلکه باید به انتظار آن نشست و لذا حکمی

که به احتلام ثابت است، با امید به پیدایش آن از میان نمی‌رود؛ برخلاف آن که شخصی بعد از ۱۸ یا ۱۹ سالگی محتلم نشود؛ زیرا احتمال نمی‌رود بعد از این محتلم شود در نتیجه در زمانی که از احتلام قطع امید می‌شود جائز نیست آن را معتبر بدانیم و حکم «رفع‌القلم» را تا پیدایش احتلام ادامه دهیم.[1]

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که به نظر گروه اول، معمولاً نشانه‌های بلوغ در پانزده‌سالگی آشکار می‌شود و لذا سن بلوغ را که غالباً ظهور علامت‌هایش در آن است، پانزده سالگی تعیین کرده‌اند. اما گروه دوم عقیده دارند که معمولاً نشانه‌های بلوغ تا ۱۸ یا ۱۹ سالگی به تأخیر می‌افتد و لذا باید این سنین برای بلوغ حد نهایی تعیین شوند. به نظر ابوحنیفه، اصول شریعت بر مبنای وضعیّت مکلف جریان می‌یابد، مثلاً حکم حیض در مورد دختر بالغ و کبیر لازم‌الرعایه است؛ هرچند خون حیض نبیند. البته واجب است معادل مدتی که از آن قطع امید شود، انتظار بکشد. و صدور حکم تفریق میان مرد عنین و همسرش جایز نیست؛ تا زمانی که احتمال می‌رود در یکی از فصل‌های چهارگانه‌ی سال این عیب مرتفع گردد. و اگر یک سال تمام شود و او کماکان در حالت عنن باقی بماند، قطع امید می‌شود و صدور حکم بر تفریق بین او و زوجه‌اش جایز خواهد بود. و هم‌چنین است دستور خداوند درباره‌ی دعوت کفار به پذیرش اسلام، که باید تا حدی دعوت شوند؛ که از قبول اسلام قطع امید شود. در صورتی که به این مرحله نرسیده باشیم، جنگ و قتال با آنان جایز نیست.

۴۳۵. مجازات کودک غیر ممیز: چنانچه قبلاً گفته شد، مجازات کودک غیرممیّز جنایی نیست، زیرا مسئولیت کیفری ندارد، و چنین کودکی تأدیب می‌شود.

اسلام مجازات‌های تأدیبی را که ممکن است در سر راه طفل غیرممیّز قرار بگیرد تعیین نکرده و تشخیص نوع و مناسب آن را به اختیار حکومت‌ها گذاشته است. توبیخ و ضرب ساده از این قبیل مجازات‌ها به شمار می‌آید.

اختیار دولت‌ها در تعیین مجازات‌های تأدیبی این امکان را فراهم می‌سازد که در هر زمان و مکانی، مجازات مناسب برای تأدیب کودک در نظر گرفته شود، حکومت می‌تواند با ضرب و توبیخ یا تسلیم طفل به سرپرستش یا شخص دیگری، یا نگه‌داری وی در کانون پرورش یا مدرسه؛ یا با قراردادنش تحت یک مراقبت ویژه، و طرق دیگری که به تأدیب و تهذیب کودک منجر گردد و او را از وضعیتی که دارد دور سازد، کودک بزه‌کار را کیفر دهد.

---

۱. *بدائع‌الصنائع*، ج ۷، ص ۱۷۱ و ۱۷۲.

تأدیبی محسوب‌شدن مجازات برای طفل، متضمن این منفعت است که بعد از بلوغ به این اعتبار که پیش از بلوغ مرتکب جرم شده است مکرر جرم به شمار نمی‌آید. این مسئله کمک می‌کند تا گذشته فراموش گردد و طفل در مسیر درست گام بردارد.

۴۳۶. قوانین وضعی و کودک: از حیث اختلاف مسئولیت بر حسب دوره‌های زندگی طفل، به‌طور کلی در قوانین وضعی و حقوق اسلامی موضع واحدی دیده می‌شود. دیدگاه برتر این قوانین آن است که رخدادها برحسب سن طفل تقسیم شوند و آنها بر سه دوره‌ی مشخص که از هم‌دیگر قابل تمیز، هرچند دقیقاً تفکیک‌ناپذیرند، تقسیم می‌شود. در دوره‌ی نخست که مرحله‌ی صباوت است، چنین فرض می‌شود که کودک از فهم ماهیت جنایت ارتکابی و پی‌آمدهای آن ناتوان است و از این رو هیچ مسئولیتی ندارد. قوانین جزای مصر و انگلستان و هند این دوره را تا هفت سالگی تعیین کرده‌اند. در ایتالیا چنانچه سن کودک از ۹ سال کمتر باشد در مقابل وقایع ارتکابی مسئول تلقی نمی‌شود. اکثر کشورها این قاعده را پذیرفته‌اند؛ یعنی کودک را تا رسیدن به سن معینی غیرمسئول می‌شناسند. در مرحله‌ی دوم کودک می‌تواند بفهمد که عمل ارتکابی وی قبیح و ممنوع است، لیکن از دانش و تجربه، آن‌قدر بهره‌مند نیست که جایگاه خود را در مقابل قانون بفهمد و پی‌آمدهای عملش را به نحو دقیق ارزیابی کند. از این رو، تمام قوانین وضعی در این مرحله برآنند که کودک بزه‌کار باید با مجازات‌هایی که با حال او مناسب باشد، کیفر ببیند. این مجازات‌ها، یا مجازات‌هایی هستند که با وقایع ارتکابی مناسب‌اند یا همان مجازات‌های معمولی خفیف هستند. آخرین حد مرحله‌ی دوم در کشور مصر، پانزده سالگی؛ در هند و سودان ۱۲ سالگی؛ و در انگلستان و ایتالیا ۱۴ سالگی و در فرانسه ۱۶ سالگی است. در مرحله‌ی سوم، کودک به مرحله‌ای از عمر خود می‌رسد که می‌تواند جایگاه خود را در مقابل قانون بفهمد و لذا در مقابل اعمال ارتکابی مسئولیت کامل دارد و با مجازات‌های معمولی و متعارف کیفر می‌بینند. با این حال، برخی از کشورها مثل مصر، بزه‌کار جوان را مستحق اعدام و حبس با اعمال شاقه نمی‌دانند. و فقط کسانی که به هفده سال تمام نرسیده‌اند، از این امتیاز بهره‌مند هستند و اگر کسی به این سن پای بگذارد ممکن است با هر یک از مجازات‌های پیش‌بینی شده‌ی قانونی کیفر ببیند.[۱]

در قانون مصر، مرحله‌ی دوم بر دو بخش تقسیم شده است: کسی که بیش از هفت سال و کمتر از دوازده سال عمر دارد به مجازات‌های عادی محکوم نمی‌شود، بلکه کیفرهای

۱. ن. ک. *التعلیقات علی قانون‌العقوبات‌المصری و الموسوعة‌الجنائیه*، ج ۱، ص ۲۷۲ به بعد و شرح *قانون‌العقوبات* احمد صفوت ص ۲۸۲ به بعد.

ویژه‌ای وجود دارد که مقصودشان اصلاح و تربیت است و عبارت‌اند از توبیخ، نگه‌داری در کانون اصلاح و تربیت (بازپروری) یا تسلیم به سرپرست یا کسی که این وظیفه را عهده‌دار می‌باشد و درباره‌ی کسی که بیش از دوازده سال و کمتر از ۱۵ سال سن دارد، قاضی حق دارد حکم بر یکی از مجازات‌های مذکور بدهد، و یا با یکی از مجازات‌های عادی خفیف، کیفر دهد.

در قوانین وضعی، اعم از آن که طفل در مقابل اعمال ارتکابی مسئولیت کیفری داشته باشد یا مسئول نباشد، از مسئولیت مدنی معاف نیست، زیرا میان معافیت از مجازات به اعتبار این که هنوز به سن معینی نرسیده است و میان محکومیت او به جبران خسارت حاصل از عمل ارتکابی، هیچ تعارض و منافاتی وجود ندارد.[1]

از آنچه گفته شد، چنین بر می‌آید که قواعد حقوق اسلامی که از ۱۳ قرن قبل وضع شده‌اند، همان قواعدی است که هم اکنون مقبول قوانین وضعی است. هم‌چنان که قواعد حقوق اسلامی تا حدی انعطاف‌پذیر هستند که بر سایر قوانین برتری دارند. ضمن آن که دست‌آوردها و نوآوری‌های تجارب و دانش بشری را درخصوص اصلاح و تربیت که به حال کودکان خصوصاً و به حال جامعه، عموماً مفید هستند، در خود جای می‌دهد.

---

۱. *الموسوعة الجنائیه*، ج ۳، ص ۶۳۰.

منابع

منابع

در تفسیر:

- *الجامع‌الاحکام‌القرآن*، ابوعبدالله محمد بن احمد الانصاری القرطبی.
- *الشهاب علی‌البیضاوی*، شهاب‌الدین خفاجی.
- *الکشاف عن حقایق‌التنزیل*، زمخشری.
- *تفسیرالمنار*، سیدمحمد رشیدرضا.
- *جامع‌البیان فی تفسیرالقرآن*، ابوجعفر محمدبن‌جریر طبری.
- *روح‌المعانی*، سیدمحمد الالوسی.
- *مفاتیح‌الغیب*، محمد رازی فخرالدین.

در حدیث:

- *التاج‌الجامع للاصول فی احادیث‌الرسول*، چاپ اول، انتشارات البابی‌الحلبی.
- *زادالمعاد فی هدی خیرالعباد*، ابن قیم جوزی، چاپ نخست انتشارات صبیح سبل‌السلام که شرح علامه صنعانی بر متن *بلوغ المرام* حافظ‌بن‌حجر عسقلانی است.
- صحیح بخاری، چاپ اول، انتشارات خیریه.
- *عون‌الباری لِحل اِدلة‌البخاری*، ابوصدیق بن حسن بن علی‌الحسینی.
- *نیل‌الاوطار من اسرار منتقی‌الاخبار*، محمدعلی شوکانی، انتشارات بولاق.

در اصول:

- *اصول‌الفقه*، شیخ محمد خضری، چاپ دوم.
- *الاحکام فی اصول‌الاحکام*، ابن حزم اندلسی، چاپ اول، نشر سعادت.

- *الاحکام فی اصول‌الاحکام* «سیف‌الدین ابوالحسن آمدی» از انتشارات دارالکتب.
- *المستصفی*، غزالی، چاپ اول، نشر امیریه.
- *رسالةالشافعی فی علم اصول‌الفقه*، چاپ اول، نشر القبانی.
- *علم اصول‌الفقه*، شیخ عبدالوهاب خلاف، چاپ دوم.
- *فواتح‌الرحموت فی شرح مسلم‌الثبوت*، محب‌الله بن عبدالشکور.

در مذهب مالک:

- *احکام‌القرآن*، ابی بکربن‌عبدالله معروف به ابن عربی. چاپ اول از نشر سعادت.
- *التاج و الاکلیل المختصر خلیل* «مواق».
- *الشرح‌الکبیر* دردیر، انتشارات امیریه.
- *المدونةالکبری*، تقریرات امام مالک است که به همت سحنون عبدالرحمن بن‌القاسم جمع‌آوری شده است، چاپ اول، نشر سعادت.
- *بدایة المجتهد* و *نهایت المقتصد*، ابن رشد، چاپ اول، نشر جمالیه.
- *تبصرةالحکام فی اصول‌الاقضیه* و *مناهج‌الاحکام*، ابن فرجون.
- *حاشیة البنانی*.
- *حاشیةالدسوقی*.
- *حاشیةالعدوی*.
- *شرح‌الخرشی*، علی مختصر خلیل، چاپ دوم، انتشارات بولاق.
- *شرح‌الزرقانی*، علی مختصر خلیل، انتشارات محمدافندی مصطفی.
- فتح العلی‌المالک - شیخ علیش، چاپ اول، مطبعة التقدم العملیه.
- *مقدمات ابن رشد*، چاپ اول، نشر سعادت.
- *مواهب‌الجلیل*، شرح مختصر خلیل - خطاب، چاپ اوّل از نشر سعادت.

در مذهب ابوحنیفه:

- *اتحاف‌الابصار والبصائر*، محد ابوالفتح، چاپ ۱۲۸۹ هـ
- *احکام القرآن*، ابی‌بکر راضی جصاص، چاپ اول، مطبعةالاوقاف‌السلامیه.
- *الاشباه و النظائر*، ابن نجیم، مطبعة وادی‌النیل.
- *البحرالرائق*، شرح *کنزالدقائق*، ابن نجیم، چاپ اول.
- *المبسوط*، شمس‌الدین سرخسی، مطبعة سعادة مصر.
- *الهدایه* شرح *بدایةالمبتدی*، برهان‌الدین ابوبکر المرغتیانی، چاپ نخست، مطبعة خیریه.
- *بدائع‌الصنائع فی ترتیب‌الشرایع*، علاءالدین کاشانی، چاپ اول، مطبعة جمالیه.
- *تأسیس‌النظر*، ابن عیسی دبوسی، چاپ اول.

- *تبيين الحقائق شرح كنزالدقائق*، زيلعى، چاپ اول، مطبعة اميريه.
- *جامع الفصولين*، ابن قاضى سماوه، چاپ اول، مطبعة الازهريه.
- *حاشيه‌ى شهاب‌الدين الشبلى*.
- *حاشيةالطهطاوى على‌الدرالمختار*، چاپ سوم.
- *حاشية ردالمختار على‌الدرالمختار*، ابن عابدين، مطبعة اميريه.
- *حاشية سعد جبلى*.
- *شرح‌العناية على‌الهداية*، محمدبن‌محمودالبايرنى.
- *شرح فتح‌القدير*، ابن همام كه با تكملة *نتايج الافكار فى كشف الرموز و الاسرار على الهدايه* چاپ شده است ـ چاپ نخست مطبعة اميريه.
- *كتاب الخراج*، ابويوسف.
- *مجمع‌الانهر شرح ملتقى الابحر*، شيخ‌زاده.
- *منحة‌الحالق على‌البحرالرائق*، ابن عابدين.

در مذهب شافعى:

- *احياء علوم‌الدين*، غزالى، چاپ اول، مطبعةالاداب و المؤيد.
- *اسنى‌المطالب*، شرح *روض‌المطالب* ابى يحيى زكرياى انصارى، چاپ اول، مطبعة الميمنه.
- *الاحكام‌السلطانيه*، ماوردى، چاپ اول، مطبعةالسعادة و الوطن.
- *الامام*، امام شافعى، چاپ اول، مطبعة بولاق.
- *الفتاوى‌الكبرى*، ابن حج المكى، مطبعة الميمنه.
- *المهذب*، ابو اسحاق الشيرازى، چاپ اول، مطبعةالبابى‌الحلبى.
- *تحفةالمحتاج بشرح‌المنهاج*، شهاب‌الدين احمد بن حجر المصيمى، چاپ ۱۳۱۹ ه.
- *حاشية ابن‌العباس*، احمد الرملى.
- *حاشية ابن قاسم‌العبادى* ـ با كتاب *شرح‌البهجه* توأماً چاپ شده است.
- *حاشية احمدبن‌عبدالرزاق‌المغربى*.
- *حاشيةالبيمبرى على منهج‌الطلاب*، چاپ اول، مطبعةالبابى‌الحلبى.
- *حاشيةالشبراملسى*.
- *شرح البهجه*، ابن زكرياى انصارى، چاپ اول، مطبعة الميمنه.
- *فتاوى شهاب‌الدين‌الرملى*.
- *مختصر المزنى*.
- *نهايةالمحتاج الى شرح‌المنهاج*، ابوالعباس‌الرملى، چاپ اول، مطبعةالبابى‌الحلبى.
- *نهايةالمحتاج الى شرح‌المنهاج*، شهاب‌الدين احمدبن‌حجر المصيمى، چاپ ۱۳۱۹ ه.

در مذهب احمدبن‌حنبل:

- *اعلام الموقعین عن رب‌العالمین* ابن قیم جوزی، مطبعة الکردی.
- *اغاثةاللهفان من مصایدالشیطان*، ابن قیم جوزی، مطبعةالبابی‌الحلبی.
- *الاختیارات العلمیه*، ابن تیمیه با *الفتاوی* یکجا چاپ شده است.
- *الاقناع*، شرف‌الدین موسی‌الحجاوی، چاپ اول، مطبعة المصویه.
- *الشرح‌الکبیر علی متن‌المقنع*، شمس‌الدین ابوالفرج عبدالرحمن بن قدامه.
- *الطرق‌الحکمیه فی‌السیاسةالشرعیه*، ابن قیم جوزی، مطبعة الاداب و المؤید.
- *الفروسیة*، ابن قیم جوزی، مطبعة الانوار.
- *المغنی علی مختصرالخرقی*، محمدبن‌عبدالله بن قدامه، چاپ اول، مطبعة المنامه.
- مجموعه *فتاوی ابن تیمیه*، مطبعة کردستان.
- مجموعة*الرسائل*، ابن تیمیه، چاپ اول، مطبعة التقدم.

کتاب‌های متفرقه‌ی دیگر:

- *الجنایات‌المتحده*، رضوان شافعی المتعافی، مطبعة السلفید.
- *القصاص*، احمد محمد ابراهیم، چاپ ۱۳۶۳ هـ / ۱۹۴۴ میلادی.
- *القضاء فی‌الاسلام*، عطیة مشرفه، مطبعة علی عنان.
- *الکامل* ابن اثیر (تاریخ)، مطبعة بولاق.
- سیرة عمربن‌*الخطاب* ابن جندی، چاپ اول، مطبعة السعاده.
- *طرق‌الاثبات‌الشرعیه*، احمد ابراهیم بک، چاپ اول، مطبعةالعلوم.
- *طرق‌القضاء فی‌الشریعةالاسلامیه*، احمد ابراهیم بک، چاپ اول، مطبعة السلفید.
- *فقه القرآن و السّنه*، محمود شلتوت، جلد اول، مطبعة العلوم.
- *مجلةالقانون والاقتصاد*.

فهرست تفصیلی

فهرست تفصیلی

باب دوم: عناصر عمومی جرم (۱۱۹ـ۵۵۲)

یادآوران
شرکت بین‌المللی پژوهش و نشر یادآوران

منتشر شده است

دین و ساختن جامعه (جستارهایی در الاهیات اجتماعی)
چارلز دیویس
حسن محدثی ـ حسین باب الحوائجی

بنا و مقصود اندیشه چارلز دیویس متاله انتقادی مسیحی دهه ۱۹۶۰ انگلستان ارائه تفسیری ایمانی از جهان است. ایمان نیز تجربه‌ای است که در آن امر متعال و نامحدود به صورت سلبی توسط انسان تجربه می‌شود. تجربه‌ای که امکانی برای فراروی از وضع انسانی و استعلای جهان انسانی فراهم می‌آورد.

از نظر دیویس اگر چه امر متعال در ورای هر یک از قلمروهای انسانی معنا قرار می‌گیرد. و بنابر این در ابتدا فقط به صورت سلبی به مثابه نامحدود در معنا و ارزش تجربه می‌شود، اما همواره به مثابه نامکنی که بشر برای دستیابی ممکن آگاهانه دستش را به سویش دراز می‌کند، باقی خواهد ماند. دین با خلق عناصر جدیدی از معنا هر بخش از کنش و فرهنگ انسانی را به سوی نامحدود، ماوراء و امر متعال می‌گشاید.

از نظر دیویس دین و ایمان دارای خصلت رهایی‌بخش و تحول‌آفرین بوده که نه تنها جهت‌گیری فکری بلکه در تمامیت تفکر و کنش انسانی رسوخ و روان شناسی و زیست اجتماعی و کنش او را متحول می‌کند. نقش این امر استعلایی نه به طور مستقیم که به واسطه پراکسیس بر عرصه‌های مختلف انسانی تاثیر می‌گذارد. در این عرصه اعمال و شعایر دینی تا آن جایی که با تجربه سلبی تناهی ارتباط می‌یابند، رهایی‌بخش محسوب می‌شوند. و در نقطه مقابل طرد امور قدسی برای فرهنگ و انسان مدرن به نسبی بودن مطلق امور و ارزش‌ها خواهد انجامید.

چارلز دیویس در کتاب دین و ساختن جامعه به مهم‌ترین موضوعات فکری زمانه از موضعی دینی پرداخته است و به همین دلیل کتاب مزبور از نظر طرح دوباره چشم‌انداز دینی در عصر جدید بسیار غنی می‌باشد.

در کتاب دین و ساختن جامعه مباحث زیر مورد بررسی قرار گرفته است:

از امر دنیوی تا امر فوق طبیعی / جامعه ، دین و عاملیت انسانی / کارکرد اجتماعی کنونی دین / پراکسیس / روایت و زبان دینی / هویت دینی جدید ما و عقلانیت ارتباطی و بنیان‌گذاری امید دینی

درآمدی بر ترجمه معناشناختی قرآن
حمید احراری

درآمدی بر ترجمه‌ی معناشناختی قرآن، کتابی است بر اساس اصول معناشناسی،که با تعلیقاتی از بررسی‌های ادبی ،تاریخی، اتیمولوژیک و فیلولوژیک همراه و جا به جا، ناچار از گزینش‌ها است. اما اگر برگزیدن یک خبر، با گزارش سایر اخبار مخالف همراه باشد، این امکان را فراهم می‌سازد که اندیشگران نکته‌سنج و تیزبین، نادیده های تفسیرپذیر را مشاهده کنند. اگر بتوان از دستاورد قرن‌ها هم‌اندیشی و هم‌نشینی با قرآن، جنگی از دیدگاه‌ها فراهم آورد، گامی است به سوی گفتگوی روشنگرانه در زمینه قرآن.

این ترجمه را، می‌توان نوعی معناشناختی هرمنوتیک به شمار آورد، زیرا هر ترجمه‌ای در حقیقت، نوعی تفسیر است. هرمنوتیک نه فقط فن تفسیر متون رازآموز دینی و عرفانی و در کلی‌ترین شکل، هم عرض با فیزیولوژی (philology) و نه مقوله‌ای ذیل شناخت‌شناسی بلکه معادل "تأویل" با همه‌ی پیشینه‌ی نظری آن است. این ترجمه، پیش‌نویسی برای گفت‌وگو و بازتفسیر است. زیرا «ترجمه‌ی اصیل همواره، در هر گفت‌وگو شکوفا می‌شود».

این کتاب تلاش می‌کند تا امکانی را فراهم سازد تا یافته‌هایی نوین به جز آنچه مترجم دریافته، کشف شود. در واقع هر ترجمه، با هر خوانش، بار دیگر ترجمه می‌شود، زیرا که نویسنده معتقد است ما در گفت‌وگوی درونی و ذهنی نیز مترجم هستیم. «گفتن و بیان کردن در خود، ترجمه‌اند. ترجمه‌ای که هسته ی آن ارتباطی ندارد به این که واژه ها ترجمه شده و واژه هایی که باید ترجمه شوند، به زبان های گوناگون تعلق دارند».

در حاشیه این ترجمه، سعی شده است اطلاعاتی که تا امروز معدودی از دانشوران با آن آشنا بوده‌اند، در اختیار قرآن‌پژوهان گذاشته شود و این رویکردی اصلی در این پژوهش است.

کتاب از سه فصل تشکیل شده است که عناوین فصل ها به شرح زیر است:

فصل اول: چشم انداز حقیقت

زبان و حقیقت / زبان و بیان / معنا ، ساختار و کاربرد / اتیمولوژی و فیمولوژی / دلالت و کاربرد زبان / سپهرکلام و سپهر اندیشگی / پدیدارشناسی نص / سازگاری و همبستگی معناشناسیک / اراده و معنا / کشف افق‌های مشترک و همزبانی / معناشناسی ایماژی ـــ تعاملی / معناشناسی طیفی

فصل دوم : فرآیند معناشناختی

تحلیل ساختاری/ اتیمولوژی و فیمولوژی / بررسی سیاق نص/ زمینه‌شناسی / بررسی سنت‌های تفسیری / ایماژشناسی تعاملی / ایماژشناسی تطبیقی

فصل سوم: نمونه ترجمه معناشناختی سوره نبأ

زمینه / تبارشناسی و معناشناسی واژگان سوره نبأ

کتاب در بخش پیوست ها دارای فهرست اعلام و واژگان تخصصی می باشد.